PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PRINCIPII
DI
DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT

Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME XXIX

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Disciplini, 15 - Gall. De Cristoforis, 54

1901

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO XIX.

(Titolo XVIII del codice civile)

Dei privilegi e delle ipoteche

CAPO II. — DELLA TRASCRIZIONE.

SEZIONE I. — *Degli atti soggetti a trascrizione.*

§ I. — *Il principio.*

§ II. — *Applicazione.*

N. 1. — *Degli atti fra vivi a titolo gratuito.*

N. 2. — *Degli atti a titolo oneroso traslativi di proprietà.*

I. — *Principio.*

II. — *Applicazione.*

1. — *Della vendita.*

2. — *Della dazione in pagamento.*

3. — *Della permuta.*

4. — *Della società.*

5. — *Della transazione.*

6. — *Del contratto di matrimonio.*

N. 3. — *Degli atti translativi di diritti reali immobiliari.*

N. 4. — *Della cessione d'azioni immobiliari.*

N. 5. — *Delle sentenze.*

N. 6. — *Delle rinuncie.*

N. 7. — *Degli atti dichiarativi di diritti reali immobiliari.*

N. 8. — *Degli atti di risoluzione volontaria.*

N. 9. — *Delle clausole aggiunte al contratto.*

§ III. — *Delle locazioni.*

Sezione II. — *Quali atti debbono essere trascritti.*

Sezione III. — *Formalità della trascrizione.*

§ I. — *Quali atti sono ammessi alla trascrizione.*

§ II. — *Come si fa la trascrizione?*

§ III. — *Chi può e chi deve trascrivere.*

Sezione IV. — *Effetto della trascrizione.*

§ I. — *Principio.*

§ II. — *Degli atti traslativi di proprietà.*

N. 1. — *Quali sono i terzi che possono prevalersi della mancanza di trascrizione?*

N. 2. — *Del conflitto fra aventi causa da autori diversi.*

N. 3. — *Quali sono le persone che non possono prevalersi del difetto di trascrizione?*

§ III. — *Degli atti dichiarativi di proprietà.*

§ IV. — *Delle locazioni.*

N. 1. — *Delle locazioni ultranovennali.*

N. 2. — *Delle locazioni che contengono quietanze anticipative.*

CAPO III. — DELL'INSCRIZIONE.

§ I — *Delle domande di nullità e di risoluzione.*

N. 1. — *Motivo della pubblicità.*

N. 2. — *Delle domande e sentenze che debbono essere rese pubbliche.*

N. 3. — *Dell'inscrizione.*

N. 4. — *Conseguenze del difetto d'inscrizione.*

N. 2. — *Forme della pubblicità.*

N. 3. — *Conseguenza del difetto di pubblicità.*

N. 4. — *Dell'azione di dichiarazione di credito.*

PARTE II. — Dei privilegi e delle ipoteche.

CAPO. I. — Disposizioni generali.

§ I. — *Diritti dei creditori rispetto al debitore.*

§ II. — *Diritti dei creditori fra loro.*

N. 1. — *Dei creditori personali.*

N. 2. — *Dei creditori ipotecarii e privilegiati.*

N. 3. — *Del diritto di ritenzione.*

I. — *Che cosa è il diritto di ritenzione e quali ne sono gli effetti.*

II. — *In quali casi esiste il diritto di ritenzione?*

CAPO II. — Dei privilegi.

Sezione I. — *Nozioni generali.*

SEZIONE II. — *Dei privilegi che si estendono sui mobili e sugli immobili.*

§ I. — *Che intendesi per spese giudiziarie?*

§ II. — *Applicazione del principio.*

N. 1. — *Spese di apposizione di sigilli e d'inventario,*

N. 2. — *Spese di sequestro e di vendita.*

N. 3. — *Spese di reparto e di graduazione.*

N. 4. — *Delle spese di divisione.*

N. 5. — *Spese dell'eredità beneficiata.*

N. 6. — *Spese di curatela di una eredità giacente.*

N. 7. — *Spese del fallimento.*

N. 8. — *Come si esercita il privilegio quando verte sui mobili e sugl'immobili?*

SEZIONE. III. — *Dei privilegi sui mobili.*

Art. 1. — *Dei privilegi generali sui mobili.*

§ I. — *Delle spese funebri.*

§ II. — *Delle spese di ultima malattia.*

§ III. — *Dei salarii.*

§ IV. — *Delle forniture di sussistenza.*

§ V. — *Disposizioni generali.*

Art. 2. — *Dei privilegi su determinati mobili.*

§ I. — *Privilegio del locatore.*

N. 1. — *A chi appartiene il privilegio?*

N. 2. — *Quali sono i crediti privilegati?*

I. — *Delle pigioni e dei fitti.*

1. — *Diritti del locatore.*

2. — *Del diritto di rilocazione spettante ai creditori.*

II. — *Delle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione.*

N. 3. — *Su che verte il privilegio?*

I. — *Quali sono i mobili che guarniscono i luoghi locati?*

II. — *Degli oggetti che non appartengono al conduttore.*

III. — *Degli oggetti che appartengono al subconduttore.*

IV. — *Dei frutti.*

N. 4 — *Del diritto di rivendicazione.*

I. — *Della rimozione degli oggetti che guarniscono.*

II. — *Del diritto di seguito.*

III. — *Dell'esercizio del diritto di sequestro per rivendica.*

§ II. — *Delle spese di raccolta e di esercizio.*

§ III. — *Delle spese di conservazione.*

§ IV. — *Del prezzo di effetti mobili non pagati.*

N. 1. — *Del privilegio del venditore.*

N. 2. — *Del diritto di rivendicazione.*

§ V. — *Delle somministrazioni dell'albergatore.*

§ VI. — *Delle spese di trasporto.*

§ VII. — *Dei crediti per abusi e prevaricazioni.*

Art. 3. — *Del grado dei privilegi mobiliari in caso di concorso fra loro.*

§ I. — *Del grado dei privilegi generali fra loro.*

§ II. — *Del concorso dei privilegi generali con quelli su determinati mobili.*

§ III. — *Del concorso dei privilegi speciali fra loro.*

§ IV. — *Concorso di privilegi dello stesso grado.*

§ V. — *Disposizione generale dell'art. 26.*

TITOLO XIX.

(Titolo XVIII del codice civile).

Dei privilegi e delle ipoteche (1)

1. Il titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche* è sostituito, nel Belgio, dalla legge ipotecaria del 16 dicembre 1851, il cui art. 1.° dispone: « Le seguenti disposizioni surrogheranno, nel codice civile, il titolo XVIII del libro III ».

La legge del 1851 contiene disposizioni che si collegano al regime ipotecario, ma che, nel sistema del codice civile, avrebbero dovuto essere classate altrove. Tali sono gli articoli preliminari (art. 1-6) concernenti la pubblicità dei più importanti atti che interessano i terzi. La legge ordina anzitutto la trascrizione degli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, ai quali aggiunge certe locazioni. Questa materia si riannoda all'art. 1140, il quale non fa che rimandare al titolo della *Vendita* e al titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche*, perchè, al Consiglio di Stato, non si era giunti a ottenere l'accordo intorno al principio della pubblicità.

Vengono poi (art. 3 a 4) alcune disposizioni che prescrivono la pubblicità mediante l'iscrizione delle domande di nullità o di revocazione di diritti soggetti alla trascrizione, come pure delle sentenze che intervengono su queste domande. Anche tale materia, nella classificazione del codice Napoleone, dovrebbe trovar posto nel titolo delle *Obbligazioni*.

La legge prescrive ancora la pubblicità, mercè l'iscrizione, delle cessioni dei crediti privilegiati e ipotecarii, come pure

(1) *Nuova legge sul regime ipotecario*, accompagnata da tutti i documenti ufficiali relativi alla legge, Bruxelles, 1852 (si cita questa raccolta sotto il nome di PARENT, che ne è l'editore). MARTOU, *Commentario della legge del 16 dicembre 1851*, 4 vol., Bruxelles, 1857.

delle surrogazioni nei crediti stessi. Nel sistema del codice civile, questa materia dovrebbe essere trattata o al titolo delle *Obbligazioni* o al titolo della *Vendita*.

Noi abbiamo pensato che fosse meglio non scindere le disposizioni che sostituiscono la clandestinità del codice Napoleone colla pubblicità. Infatti, la pubblicità ha l'identico scopo, nelle diverse applicazioni che ne fa la legge; dipende da uno stesso principio, e si collega intimamente al regime ipotecario. Ecco perchè abbiamo rimandato l'esposizione delle diverse norme relative a questa materia al titolo che tratta dei privilegi e delle ipoteche. Tuttavia siccome il sistema di pubblicità ha un'importanza generale e indipendente dal regime ipotecario propriamente detto, divideremo la legge in due parti: la prima, consacrata alla pubblicità, la seconda ai privilegi ed alle ipoteche.

2. Nella parte della legge ipotecaria che tratta dei privilegi e delle ipoteche si trovano anche alcune disposizioni estranee al regime ipotecario. Organizzando l'ipoteca concessa al minorenne sui beni del tutore, il legislatore si è accorto che la garanzia dell'ipoteca legale era sovente inefficace. Infatti, l'ipoteca legale suppone che il tutore possegga immobili i quali possano garantire i crediti che il pupillo ha contro di lui. Se il tutore non ha un patrimonio immobiliare, o se i suoi beni non bastino a soddisfare il credito eventuale del minore, la sicurtà che la legge ha voluto accordare al minore sarà nulla o insufficiente. Il codice civile lasciava, in questo caso, il pupillo senza alcuna garanzia. Era una lacuna che il legislatore belga ha giustamente colmata. Queste nuove disposizioni devono essere collocate al titolo della *Tutela*, perchè implicano la mancanza o l'insufficienza dell'ipoteca legale. Noi le abbiamo già illustrate nel titolo che è la sede della materia (vol. V, nn. 53, 59 e 61).

3. Anche gli articoli addizionali contengono disposizioni estranee al regime ipotecario. Esse si riannodano a diversi titoli sotto le cui rubriche noi le abbiamo già poste. Vi sono due articoli (art. 2 e 3 addizionali) che riguardano l'ipoteca legale dei minori e delle donne maritate, e quella degli alienati non interdetti. Li spiegheremo esponendo la materia alla quale si riferiscono.

PARTE I.

Della pubblicità degli atti che interessano i terzi.

4. Le disposizioni preliminari prescrivono anzitutto la pubblicità degli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari. Questa pubblicità ha luogo mediante la trascrizione, vale a dire che gli atti vengono ricopiati integralmente sui registri tenuti dal conservatore delle ipoteche. La legge assoggetta alla stessa pubblicità le locazioni la cui durata eccede i nove anni, o che contengano quietanza di almeno tre anni di fitto (art. 1-2).

La legge del 1851 prescrive, in secondo luogo, la pubblicità delle domande di nullità o di revocazione quando riguardino diritti risultanti da atti soggetti a trascrizione, come pure decisioni pronunciate su queste domande. Siffatta pubblicità si ottiene mediante l'iscrizione (art. 3 e 4).

In terzo luogo, la legge assoggetta alla pubblicità le cessioni di crediti privilegiati o ipotecarii, come pure le surrogazioni nei medesimi. Anche questa pubblicità ha luogo mediante l'iscrizione (art. 5 e 6).

Vi hanno altri diritti che devono essere resi pubblici colla trascrizione, cioè i privilegi immobiliari e le ipoteche. Si tratta di essi nei capitoli che riguardano i privilegi e le ipoteche.

CAPO I.

Del principio di pubblicità.

§ I. — *Critica del sistema di clandestinità del codice civile.*

5. Il codice non si è preoccupato dell'importante questione di sapere se gli atti che interessano i terzi devono essere resi pubblici. Oggi è opinione generale trattarsi di una di quelle questioni che basta porre per risolvere. Essa era decisa nel senso della pubblicità dalla legge dell' 11 brumaio anno VII, la quale non aveva fatto che consacrare una delle tradizioni che dividevano l'antica Francia, quella delle consuetudini relative alle registrazioni di pegno o d'ipoteca. Questa legge disponeva (art. 26): « Gli atti traslativi di beni o diritti capaci d'ipo-

teca devono essere trascritti sui registri dell'ufficio del conservatore delle ipoteche, nel circondario del quale i beni sono situati. Fino a quel giorno non possono essere opposti ai terzi che avessero contrattato col venditore e che si fossero conformati alle presenti disposizioni ». Gli autori del codice civile abbandonarono il principio di pubblicità per attenersi alla tradizione romana che consacrava il principio di clandestinità, se si può dare il nome di principio ad una legislazione la quale non si prende alcuna cura dell'interesse dei terzi, perchè ignora le più semplici nozioni d'economia politica e di credito pubblico.

6. Non si può nemmeno dire che la clandestinità sia un sistema per gli autori del codice. Essi hanno seguito ciecamente la tradizione romana quale era stata consacrata dall'antica giurisprudenza, ora stabilendo la pubblicità, ora proscrivendola. Se si tratta di donazione di beni suscettibili d'ipoteca, il codice (art. 939) esige la trascrizione degli atti contenenti la donazione e l'accettazione, come pure la notifica dell'accettazione che avesse avuto luogo per atto separato, e l'art. 941 soggiunge che la mancanza di trascrizione potrà essere opposta da tutti gli aventi interesse. Lo stesso sistema si adopera per le sostituzioni fedecommissarie permesse: « Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, coll'onere della restituzione, dovranno rendersi pubbliche, cioè, quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo dove sono situati, e quanto alle somme impiegate sui beni immobili con privilegio mediante l'iscrizione sui beni affetti dal privilegio » (art. 1069). L'art. 1070 contiene la solita sanzione in questa materia, cioè che « la mancanza di trascrizione potrà essere opposta dai creditori e dai terzi acquirenti ».

Ecco la pubblicità quale era stabilita dalla legge di brumaio, in termini generali, per ogni trascrizione di beni capaci d'ipoteca. Gli autori del codice furono dunque d'avviso che le donazioni e sostituzioni dovevano essere rese pubbliche, nell'interesse dei terzi creditori ed acquirenti. Ma se i terzi sono interessati a conoscere gli atti di disposizione a titolo gratuito, hanno un identico interesse a conoscere quelli a titolo oneroso, come le vendite d'immobili, ed anzi in misura assai maggiore, perchè le donazioni sono rare e le sostituzioni più rare ancora, mentre le vendite si fanno tutti i giorni. Il codice vuole che gli atti a titolo gratuito siano resi pubblici, e quando si occupa di atti infinitamente più frequenti, le alienazioni a titolo oneroso, e che i terzi, per conseguenza, sono più interessati a conoscere, abbandona il principio di pubblicità per ritornare alla legislazione romana. È la clandestinità che prevale. È sistema? No, giacchè uno degli ultimi titoli, quello che è, veramente, la sede della materia, il titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche*, esige la pubblicità perchè il creditore privilegiato o ipotecario possa far valere il suo diritto di preferenza a riguardo dei terzi: « Fra i creditori, l'ipoteca, sia legale, sia

giudiziale, sia convenzionale, non prende grado che dal giorno dell'iscrizione fatta dal creditore sui registri del conservatore » (art. 2134). Identica disposizione riguarda i privilegi (art. 2106): « Fra i creditori, i privilegi non producono effetto relativamente agli immobili se non in quanto sono resi pubblici coll'iscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche ». Così il legislatore veglia all'interesse dei terzi quando si tratta d'ipoteche o di privilegi. Questi diritti non possono essere opposti nemmeno ai creditori chirografari se non siansi resi pubblici. E in tema di alienazione degli immobili; il legislatore dimentica che i terzi sono egualmente interessati a conoscere gli atti traslativi di proprietà immobiliare, dimentica che, senza la pubblicità di questi atti, la pubblicità del regime ipotecario è talmente imperfetta da divenire un agguato piuttosto che una garanzia.

7. Gli autori del codice si condannano da sè stessi, colla loro inconseguenza. Se la pubblicità ch'essi prescrivono in materia di donazioni, di sostituzioni e d'ipoteche è utile, necessaria anzi nell'interesse dei terzi, bisognava generalizzarla, come aveva fatto la legge dell'11 brumajo anno VII, sull'esempio delle consuetudini di pegno. Se la pubblicità è inutile per gli atti più importanti, le alienazioni d'immobili, era inutile, a maggior ragione, per le donazioni e le costituzioni d'ipoteca. Bisognava dunque scegliere fra la pubblicità e la clandestinità. Gli autori del codice si sono pronunciati ora per la pubblicità, ora per la clandestinità, senza che si possa dare un'ombra di ragione di queste incoerenze. È leggerezza, ignoranza, cecità. I motivi abbondano per giustificare quest'aspra censura (1).

L'interesse generale esige che la circolazione della proprietà sia ad un tempo libera e sicura affinchè gli immobili pervengano nelle mani di coloro che sono i più capaci di trarne profitto. È un elemento capitale della ricchezza pubblica, e la ricchezza costituisce un potente strumento di civilizzazione. Le leggi della rivoluzione che hanno restituito alla circolazione i beni del clero, colpiti da manomorta, e i beni della nobiltà, gravati di sostituzioni, hanno decuplato la ricchezza nazionale. Ma non basta rompere le catene che intralciano la circolazione dei beni; occorre anche che gli acquisti siano stabili e sicuri. Se l'acquirente può temere d'essere evitto, non comprerà; egli affiderà i suoi capitali a imprese commerciali e industriali che gli offrono l'esca di un grosso interesse, e la terra non troverà più compratori. Il codice civile dava questa sicurezza ai compratori? Dupin, parlando avanti la Corte di cassazione, risponde: « Chi acquista non è sicuro d'essere proprietario, chi paga di non essere obbligato a pagare una seconda volta, e chi presta d'essere rimborsato ». Questa critica è forse esagerata?

---

(1) Cfr. *Relazione della commissione speciale* (PARENT, p. 7 e seg.).

Per comperare con tutta fiducia bisogna avere un mezzo certo d'assicurarsi che il venditore è proprietario della cosa. Ora, questo mezzo l'acquirente non lo ha secondo il sistema di clandestinità del codice civile. Egli può, si è detto, farsi mostrare i titoli dal venditore. Senza dubbio, supponendo che il venditore ne abbia. Ma non basta che il creditore abbia dei titoli, bisogna ch'essi emanino dal vero proprietario. La difficoltà non è dunque risolta e diviene insolubile in una legislazione la quale non prescrive la trascrizione, su pubblici registri, degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. D'altronde non basta conoscere i titoli del venditore. Può darsi ch'egli sia stato proprietario e che abbia cessato di esserlo. Io compero oggi un fondo; il proprietario lo ha venduto ieri, e quindi egli non è più proprietario, e non mi trasmette la proprietà. Se pago, sarò evitto dal primo acquirente o sarò obbligato a pagare una seconda volta. Ho io un mezzo di assicurarmi che il venditore non abbia già alienato la cosa che mi vende? No, perchè le alienazioni sono clandestine. Esse possono farsi per scrittura privata, e purchè la vendita consentita prima del mio acquisto abbia data certa, può essermi opposta. Infatti, il primo acquirente è proprietario a riguardo dei terzi: pel solo fatto della vendita, senza pubblicità alcuna, egli può oppormi il suo acquisto, e rivendicare la cosa contro di me, provando l'anteriorità del suo acquisto. Ora, egli può dare questa prova conformemente all'art. 1328, senza che io abbia avuto il mezzo di assicurarmi che vi era un atto di alienazione anteriore al mio, e quindi sarei evitto o obbligato a pagare. Dunque, comperando, io non sono sicuro di rimanere proprietario.

Senza dubbio vi è mala fede da parte di colui che vende un immobile di cui ha cessato di essere proprietario. Ma è precisamente contro la frode che le leggi devono dare garanzie ai terzi. E la frode è tanto facile che può far meraviglia ch'essa non sia stata più frequente. Io vendo un fondo con riserva d'usufrutto, e quindi continuando a possedere ed a godere: nulla rivela ch'io abbia cessato d'essere proprietario. Come mai i terzi non rimarrebbero ingannati? Possono essi conoscere, sospettare anche solo una trasmissione di proprietà di cui la legge non prescrive la pubblicità, e che, nel fatto, è rimasta occulta? Eppure il compratore con riserva d'usufrutto a favore del venditore, è divenuto proprietario del fondo a riguardo dei terzi. Se io acquisto lo stesso immobile, il primo compratore può rivendicarlo contro di me, ed io sarò evitto, senza che abbia avuto mezzo alcuno di prevedere l'evizione.

La clandestinità presenta anche un altro pericolo per l'acquirente. Può darsi che la cosa sia stata rivenduta successivamente e che uno dei venditori non sia stato pagato. Egli avrà l'azione di risoluzione, e se la vendita è risolta, tutti gli acquisti cadranno. L'acquirente ha un mezzo per conoscere l'esistenza della condizione risolutiva, o per mettersi al coperto dal pericolo d'evi-

zione di cui essa lo minaccia? No, perchè dovrebbe farsi mostrare tutti gli atti d'alienazione, e può accadere che il suo venditore non li possegga. Può darsi ancora che gli atti non constatino che il prezzo rimase dovuto. L'acquirente purgherà per constringere il creditore non pagato a farsi conoscere? Secondo la teoria del codice, la purgazione cancella il privilegio del venditore, non cancella il suo diritto di risoluzione. Nuova esca pel terzo compratore. Egli ha purgato, si crede al coperto da ogni azione, paga ed ecco che un venditore non soddisfatto chiede la risoluzione e gli toglie l'immobile di cui credeva essere divenuto proprietario definitivo.

8. La clandestinità degli atti traslativi di proprietà immobiliare non è soltanto un pericolo per gli acquirenti; essa paralizza e rende inutile la pubblicità dei privilegi e delle ipoteche. Dupin dice che, nel sistema del codice, chi presta ipoteca non è sicuro d'essere rimborsato. Io stipulo un'ipoteca per garanzia del mio credito, e la iscrivo. Ho il primo grado, e l'im mobile vale molto più del mio credito. Non devo ritenere che la mia garanzia sia completa? Eppure questa può essere derisoria. Perchè l'ipoteca mi dia una sicurtà efficace, si richiede una prima condizione, cioè che sia stata consentita dal proprietario. Ora, il creditore che stipula un'ipoteca non ha alcun mezzo d'assicurarsi che il debitore è proprietario dell'immobile. Invano egli si farà presentare i titoli, i titoli possono essere incompleti od anche insoddisfatti, il che apre al venditore non pagato l'azione di risoluzione, e la risoluzione fa cadere tutti i diritti reali, compresa l'ipoteca. Inoltre, come abbiamo detto, il debitore può essere stato proprietario, ma aver cessato di esserlo. Se stipulo un'ipoteca oggi, i titoli del mio debitore sono in regola, ma egli ha venduto ieri lo stesso immobile che m'offre in garanzia. Garanzia derisoria, poichè il mio debitore non è più proprietario ed io non ho alcun mezzo di assicurarmi ch'egli ha cessato di esserlo. Qui si vede l'estrema inconseguenza degli autori del codice civile. Essi hanno riconosciuto la necessità della pubblicità delle ipoteche, che è la base e l'anima del nostro regime ipotecario. Ma la base è poco solida e l'anima è imperfetta. Che cosa importa che le ipoteche siano rese pubbliche e che non abbiano effetto che coll'iscrizione? Un compratore sconosciuto verrà ad evincere il creditore ipotecario. La sua ipoteca è nulla poichè consentita da un debitore che non era più proprietario dell'immobile. È dunque vero il dire che chi presta un'ipoteca non è sicuro d'essere rimborsato.

9. Che si dirà dei terzi creditori chirografari? L'inconseguenza è sempre la stessa, e le garanzie sono nulle. Il legislatore veglia agli interessi dei creditori chirografari quando si trovano in conflitto con creditori ipotecarii o privilegiati. Questi non possono opporre il loro diritto di preferenza se non quando l'abbiano reso pubblico. Ma a che serve loro questa sollecitudine? Io tratto con un proprietario sulla fede della sua ricchezza

immobiliare, e ho cura di assicurarmi che i suoi immobili non siano gravati di alcun peso. Ma questo proprietario vende successivamente tutti i suoi beni. Io non ho diritto di seguirli, e quindi perdo il mio credito. È colpa mia, si dirà. Perchè ho avuto l'imprudenza di prestare i miei fondi senza alcuna garanzia? Sia pure. Ma sono in colpa anche perchè, al momento in cui contrattava, il mio debitore aveva già venduto tutti i suoi beni con atti occulti che i terzi verranno ad oppormi? Qui è il legislatore che è in colpa, e la sua inconseguenza è inconcepibile. Egli si preoccupa dell'interesse dei creditori chirografarii quando sono in conflitto con creditori ipotecari o privilegiati, e li dimentica completamente quando il debitore aliena i beni che costituiscono la loro garanzia. Singolare garanzia che sfugge loro senza ch'essi ne dubitino!

10. Non è tutto. Può darsi che i diritti consentiti a terzi siano validi perchè concessi dal vero proprietario, e tuttavia la mancanza di pubblicità comprometterà gli interessi dei terzi che il legislatore dovrebbe tutelare. Io acquisto un immobile. Il mio venditore è proprietario, ma, con atti clandestini, aveva gravato questi immobili di diritti reali, servitù, usufrutto. Io ho contro di lui un'azione in garanzia, ma a che mi servirà s'egli è insolvibile? Io resterò gravato di pesi onerosi che non ho potuto conoscere, perchè stabiliti con atti che rimangono occulti. Stipulo un'ipoteca: il debitore è proprietario, la mia garanzia valida, ma si trova che il debitore aveva consentito una locazione a lungo termine. Malgrado la locazione, io posso espropriare il fondo che mi è stato ipotecato, ma i beni locati si vendono difficilmente. La vendita non produrrà il prezzo sul quale doveva contare, e quindi perderò una parte del mio credito.

11. La pubblicità degli atti traslativi di diritti reali immobiliari e delle locazioni che vi si riannodano previene tutti questi pericoli. Prima di comperare un immobile, consulterò il registro delle trascrizioni, sul quale si trovano inscritti tutti gli atti concernenti il fondo che mi propongo d'acquistare. Risalendo da un titolo all'altro, io posso constatare che il mio venditore è proprietario almeno per effetto della prescrizione. In ogni caso, sono al coperto da un'azione di evizione che fosse intentata da un precedente compratore, perchè costui non può oppormi il suo acquisto se non è stato reso pubblico, e il certificato del conservatore delle ipoteche mi apprenderà se l'atto è o no trascritto. Se sospetto che vi sia un precedente venditore non soddisfatto, adempio le formalità della purgazione, e in forza della nuova legge, tanto il diritto di risoluzione quanto il privilegio del venditore si troveranno annullati. Non si può, del resto, oppormi alcun peso, nemmeno una locazione a lungo termine, se non vennero resi pubblici, e la pubblicità tutela i miei interessi, poichè mi mette in grado di provvedere ai medesimi.

Io stipulo un'ipoteca. La prima cura sarà di assicurarmi se il mio debitore è proprietario. Il registro delle trascrizioni me ne dà il mezzo. Non ho più a temere una vendita segreta che il mio debitore avesse fatto dell'immobile che m'offre in garanzia, perchè un atto non trascritto non ha alcun effetto a mio riguardo. Neppure mi preoccuperà la condizione risolutiva, perchè la pubblicità dei privilegi mi apprende se vi fu una condizione risolutiva e se essa è conservata.

Quanto ai creditori chirografari, il sistema di pubblicità, quale era organizzato dalle consuetudini di pegno e come lo è dalla nostra legge ipotecaria, dà loro la sola garanzia che possono reclamare. Essi non hanno alcun diritto reale sui beni del loro debitore. Questa mancanza di sicurtà non è imputabile al legislatore: essa è dovuta alla loro negligenza o ad una fiducia eccessiva. Tutto ciò ch'essi possono domandare è di conservare la garanzia che la legge accorda loro finchè il debitore non ne abbia disposto legalmente, vale a dire pubblicamente. La pubblicità delle ipoteche, la trascrizione degli atti traslativi di proprietà immobiliare li avverte che la solvibilità del loro debitore diminuisce e che la loro garanzia minaccia di scomparire. È tutto quello che la legge può fare per essi. Avvertiti, possono prendere le misure che la prudenza impone loro, e se il debitore agisce clandestinamente, gli atti di disposizione ch'egli fa non potranno essere loro opposti.

Quando il sistema di pubblicità è completo, esso avverte i terzi di tutti i pesi che gravano un immobile, anche delle locazioni. E basta che ne vengano avvertiti perchè i loro interessi siano tutelati. Chi acquista un immobile apprenderà dal registro delle trascrizioni ch'esso è gravato da un diritto d'usufrutto o di servitù, saprà che il bene è locato per un lungo termine e contratterà di conseguenza. Accade lo stesso di chi presta la ipoteca. Quello che rende i prestiti ipotecarii così pericolosi è la clandestinità degli atti traslativi di proprietà immobiliare. Il vizio indica il rimedio, la pubblicità più completa.

12. La pubblicità, che è una garanzia per i terzi, è altrettanto vantaggiosa per i proprietari. Per una strana cecità, i proprietari dell'antico regime, i nobili, si sono sempre opposti alla pubblicità delle transazioni immobiliari, e la vanità della casta prevalse sull'interesse generale. Non si può nemmeno dire che i nobili, o i proprietari in generale, avessero interesse alla clandestinità, a meno che non si consideri come un interesse la facilità d'ingannare i terzi, e non si può certamente tener conto d'un simile interesse. Quale è il vero interesse del proprietario? Quello di poter vendere facilmente e vantaggiosamente, se è utile o necessario per lui alienare. Ora, se il compratore può temere che, malgrado tutte le precauzioni che prenderà, corre rischio d'essere evitto, non comprerà, o lo farà a condizioni onerose pel venditore. I rischi d'evizione saranno uno degli elementi che determineranno il prezzo ch'egli offrirà.

In sostanza, il proprietario sopporterà le conseguenze dell'incertezza e della mancanza di garanzia, conseguenze necessarie della clandestinità. Se il proprietario preferisce conservare la proprietà de' suoi beni, ma ha bisogno di fondi per migliorarne la coltura, o se vuol prendere a prestito per darsi ad imprese industriali e commerciali, sarà egualmente interessato a che la sua situazione immobiliare sia esattamente conosciuta dai capitalisti ai quali si rivolge. La minima incertezza, il minimo rischio di perdita aumenteranno le esigenze del mutuante e diminuiranno, per conseguenza, il credito di cui il debitore può e deve godere per riguardo al suo patrimonio immobiliare. Non vi ha che una classe di proprietarii che siano infastiditi dalla pubblicità, sono coloro che vivono nell'ozio e nello sperpero. La loro vanità soffre quando le alienazioni, che sono costretti di consentire, vengono rese pubbliche e quando i pesi che le gravano sono dati alla pubblicità. Essi preferiscono avere le apparenze menzognere d'una grande sostanza, il che conduce ad ingannare i terzi che trattano con loro. È necessario aggiungere che la legge deve prescrivere la pubblicità più larga precisamente per impedire che i terzi siano ingannati? Quanto alla vanità offesa, il legislatore non deve preoccuparsene: la sua missione non è di mantenere i vizii. S'egli ha lezioni da dare, sono lezioni di rettitudine e d'onestà.

§ II. — *Le origini della pubblicità.*

13. Non vi ha storia più interessante di quella delle origini della pubblicità, che presiede oggi a tutte le transazioni immobiliari. Abbiamo detto che, nell'antica giurisprudenza, vi erano due tradizioni affatto contrarie in questa materia, la tradizione romana e la tradizione delle consuetudini di pegno. La prima deriva dal culto di cui il diritto romano formava l'oggetto. È la Francia che gli diede il bel nome di *ragione scritta*. Le consuetudini, al contrario, sembravano un retaggio della barbarie germanica e della servitù feudale. Ebbene, queste apparenze erano assolutamente ingannatrici. La pretesa ragione scritta, per quanto riguarda la trasmissione dei diritti reali immobiliari, non teneva alcun conto dell'interesse dei terzi: essa non sospettava nemmeno le esigenze del credito. Era la clandestinità con tutti i suoi pericoli e tutti i suoi abusi. È vero che le consuetudini procedevano dalla feudalità e che la feudalità risale, nei suoi primi germi, fino alle foreste della Germania. Tuttavia le consuetudini feudali per eccellenza, quelle del nord della Francia e del Belgio, consacravano la più ampia pubblicità di tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. La nostra legge ipotecaria non ha fatto che riprodurre i principii delle consuetudini di pegno. È cosa quasi miracolosa. I giureconsulti romani hanno portato

la scienza del diritto sino alla perfezione. Essi saranno sempre nostri maestri, nè giungeremo mai ad eguagliarli. E questa scienza così perfezionata consacrava, in materia di transazioni immobiliari, l'opposto della verità. La clandestinità non è certo la ragione scritta, ma l'ignoranza scritta. La verità, in questa materia, ci è venuta dalla barbarie. Non è quasi un prodigio? Il prodigio si spiega, ma esso prova anche che vi è nella vita dell'umanità un elemento che non è quello della libertà umana. Abbiamo mostrato, nei nostri *Studi sulla storia dell'umanità*, la mano di Dio che presiede ai destini umani. In quel modo che la provvidenza divina risplende nella storia, essa si rivela ad ogni passo in tutti gli aspetti della vita. Basta non chiudere gli occhi alla luce della verità per vederla, che dico? per esserne innondati. I nostri antenati delle foreste della Germania pensavano forse alle necessità del credito immaginando forme palpabili che davano una specie di pubblicità alla trasmissione della proprietà degli immobili? No, certo, come i baroni feudali non pensavano agli interessi dei terzi, *spossessando* il proprietario che alienava un immobile e *investendone* l'acquirente. Eppure di qui data il *pegno* consuetudinario, e questo *pegno* non è altro che la trascrizione delle nostre leggi moderne. La figliazione è incontestabile. Si deve indurne che la barbarie germanica è stata, in questa materia, superiore alla scienza romana? Sarebbe spiegare un prodigio con un non senso. A dire il vero, non vi ha prodigio, perchè il miracolo è permanente; è l'azione di Dio nei destini degli uomini. Si chiami Provvidenza, si chiami immanenza di Dio nell'umanità, poco importa purchè il Dio immanente non si confonda col mondo. Ad ogni modo i fatti non potrebbero essere contestati. Il possesso germanico e feudale si è trasformato in pegno, e il pegno non è altro che il principio di pubblicità, uno dei fondamenti del nostro ordine civile. Non è ai Germani, non è ai signori feudali che dobbiamo questo beneficio, e se non agli uomini, non lo dovremmo a Dio? Chi sono coloro che negano il progresso, e non vedono che il progresso si compie sotto la mano di Dio, in tutte le sfere della umana attività? Ci si domanderà perchè la tradizione romana, che pure ammetteva una specie di possesso, non si è trasformata per divenire un principio di pubblicità? La risposta è semplicissima. Ogni età, ogni razza ha la sua missione. Quella del popolo-re non era il commercio e l'industria; esso era chiamato a conquistare il mondo ed a governarlo. Il diritto, questo aspetto considerevole della vita, partecipava di un tale spirito di dominazione: esso era uno strumento di governo. Roma legò il suo diritto al medio evo e ai tempi moderni, ma era un diritto morto, la ragione scritta. Ciò che era *scritto* doveva restare immutabile, come un testo. Non era più possibile alcun sviluppo, alcun progresso. Il vero diritto, il diritto vivente, era il diritto consuetudinario. Elemento della vita, esso si trasformava colla vita. Ecco in

qual modo il possesso germanico e feudale è divenuto il pegno, e il pegno la trascrizione. Perchè questa trasformazione si è fatta nelle consuetudini del nord della Francia e del Belgio, anzichè nelle provincie del mezzogiorno? Qui regnava il diritto romano, diritto morto e irreformabile. La rivoluzione non poteva dunque farsi che nei paesi consuetudinarii. Se essa si compì nel Belgio anzichè altrove, non è già perchè lo spirito della feudalità vi fosse più potente. La storia ci dice che i borghesi dei nostri comuni combatterono la cavalleria feudale e vinsero. Se lo spirito feudale dominava nelle nostre città, era lo spirito di libertà, e non lo spirito di servaggio. È alla libertà che i nostri potenti comuni dovettero la loro ricchezza. Essi erano dunque predestinati a trasformare il possesso tradizionale in pegno, vale a dire a servirsi d'una consuetudine feudale per tutelare l'interesse dei terzi, e questo interesse non era altro che quello della circolazione libera e sicura delle proprietà, interesse che si confonde col credito dei privati, principio di ricchezza e di potenza.

Ci duole che i limiti del nostro lavoro, già così lungo, non ci permettano di scrivere questa interessante storia della trascrizione, ma allo scopo di quest'opera bastano i tratti generali. Invitiamo i nostri giovani lettori o darsi a questo studio, che offre tante attrattive e sì grandi insegnamenti.

N. 1. — Le consuetudini di pegno (1).

14. Nelle consuetudini dette *di possesso e di pegno*, la proprietà degli immobili si trasferiva per *opera della legge* o colla *realizzazione*. Era una presa di possesso constatata dai tribunali su pubblici registri depositati in cancelleria. Il *pegno* è in sostanza identico alla *trascrizione*; non ne differisce che per le forme, le quali, secondo le consuetudini, erano giudiziarie, mentre secondo il nostro diritto moderno sono amministrative. Questa differenza proviene dal fatto che, prima della rivoluzione de 1789, i tribunali erano investiti non solo della giurisdizione contenziosa, ma anche della giurisdizione volontaria. Questo sistema di pubblicità regnava al nord della Francia, in tutto il Belgio, comprese le provincie settentrionali. Le formalità del pegno si chiamavano *doveri di legge*, benchè non fossero state introdotte dalla legge, ma il legislatore le consacrò, il che diede loro forza di legge generale (2).

---

(1) Vedi le fonti citate in BRITZ, Memoria premiata (nelle memorie premiate dell'Accademia di Bruxelles, anno 1846, p. 903, nota). Bisogna aggiungere : VYNANTS, Decis. 144, n. 11. VOET, *Comment. ad Pand.*, XLI, 1, 38. MERLIN, *Répertoire*, v. *Devoirs de loi* (vol. VIII, p. 35).

(2) Editto di Filippo II, del 6 dicembre 1586. Editto perpetuo degli arciduchi Alberto ed Isabella, del 12 luglio 1611. Editto del 16 settembre 1673.

Si distinguevano, tuttavia, le formalità dei *devoirs de loi* propriamente detti da quelle che portavano il nome di *main-mise*, *main-assise*, *mise de fait*. Quest'ultima denominazione era usata laddove l'immissione in possesso si faceva dai giudici reali, mentre si dava il nome d'*ensaisinement* o di *devoirs de loi* all'immissione in possesso che si faceva dagli ufficiali del signore da cui i beni dipendevano. Era l'espressione comune, il che si comprende essendo il pegno d'origine feudale. Ogni alienazione d'un diritto reale immobiliare implica un'abdicazione dell'antico proprietario ed una trascrizione od un acquisto del compratore. Questo duplice fatto costituiva il pegno, donde il nome di *dessaisine* o di *déshéritance* per quanto riguarda il venditore, e di *saisine* o d'*adhéritance* per quanto riguarda il compratore. Vi erano anche altre parole per esprimere la stessa idea. Le forme e le espressioni variavano da una consuetudine all'altra. Trascuriamo questi dettagli per attenerci all'essenza del pegno.

15. Stava il principio che la convenzione e l'atto che la constatava non bastavano per trasferire la proprietà al compratore. Si legge nelle *Decisioni* di Jean Des Mares: « Nella vendita di un fondo occorre *vest* e *devest* (1), quantunque esista uno scritto, perchè al venditore rimane sempre il vero possesso finchè non ne sia spossessato dal signore fondiario, e non si può dire che il compratore ne sia investito finchè non lo sia di fatto dal signore fondiario del luogo » (2). Merlin dice che il principio del pegno era, in sostanza, quello del diritto romano, secondo il quale la proprietà si trasferisce, non con semplici contratti, ma colla tradizione. Così si legge nella consuetudine di Liegi (cap. VI, art. 1.°): « Tutti i beni immobili, siano fondi o rendite, non possono validamente essere alienati, per contratto avanti notaio o testimonii, nè altrimenti che avanti all'autorità giudiziaria, affinchè diano titolo o azione reale ». Tuttavia grande è la differenza fra la *tradizione romana* e il *pegno consuetudinario*, perchè la tradizione conduce alla clandestinità, mentre il pegno era essenzialmente pubblico. La tradizione era richiesta come condizione della trasmissione della proprietà fra le parti contraenti, l'interesse dei terzi non vi rappresenta alcuna parte. Il pegno, al contrario, non era richiesto che nell'interesse dei terzi. Merlin lo dice: « In tutti i casi in cui non sono interessati dei terzi i diritti dell'acquirente che non ha adempiuto le formalità del pegno sono gli stessi come se fosse stato investito (3). In questo senso, i *devoirs de loi* sono sinonimi di *pubblicità*.

---

(1) Le parole *vest* e *devest* sono identiche alle espressioni *saisine* e *dessaisine*. In fiammingo, *erfvenisse* e *onterfvenisse*.

(2) *Decisioni* di JEAN DES MORES, n. 189 (in BRODEAU, *Commentario sulla Consuetudine di Parigi*.

(3) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § II, nn. I e IV (t. XXI, pp. 68 e 70).

16. Dal principio che i doveri di legge erano richiesti nell'interesse dei terzi risultava che il venditore rimaneva proprietario a loro riguardo finchè non fossero state adempite le formalità del pegno. « Colui, dice Bouteiller, che vende la sua tenuta, ma ne ritiene ancora il possesso e non ne fa *vest* (*ensaisinement*) al compratore, sappiate che è ancora padrone della cosa » (1) Di qui questa importante conseguenza che, di due compratori d'uno stesso bene, colui che primo ne è posto legalmente in possesso (*nanti*) ha la preferenza sull'altro, quantunque il suo contratto sia posteriore di data, e quand'anche il primo compratore si fosse messo di fatto in possesso della cosa. È quanto decidono formalmente le consuetudini: « E non basta al compratore mettersi di sua privata autorità in possesso del fondo da lui acquistato, di modo che, se il venditore vendesse di nuovo il detto fondo a un altro, innanzi che il primo compratore abbia ottenuto il *vest*, in tal caso il secondo compratore sarebbe fatto signore della cosa venduta » (2). Tale è pure la conseguenza, nel nostro diritto, del principio della trascrizione. L'atto di vendita non trascritto non può essere opposto ai terzi, dice la nostra legge ipotecaria. Quali sono i terzi che possono invocare la mancanza di trascrizione? Diremo più avanti come la questione è controversa nel nostro diritto. L'antica giurisprudenza decideva che i creditori chirografarii del venditore potevano sequestrare il bene venduto finchè il compratore non ne era posto in possesso. È, dice benissimo l'autore del *Repertorio*, la conseguenza logica del principio in forza del quale un secondo compratore che ha preso possesso è preferito a un primo compratore che non ne è in possesso. Il venditore resta signore della cosa, essa è dunque nel suo patrimonio, e, quindi, i suoi creditori possono sequestrarla. Vi ha una sentenza del parlamento di Parigi in questo senso (3).

La nostra legge ipotecaria fa una restrizione a questo principio. Perchè un terzo possa invocare la mancanza di trascrizione, bisogna che sia in buona fede, ossia che ignori il fatto della prima vendita. Si ammetteva lo stesso principio in tutte le consuetudini di pegno. « Se, dice un avvocato al consiglio sovrano di Mans, lo stesso feudo è stato venduto a due diverse persone, e il secondo compratore abbia saputo, al momento del contratto, che era già fatta a un altro la vendita dello stesso feudo, quantunque questo secondo ne sia stato investito per il primo, è certo che in tal caso la seconda vendita è nulla e che il secondo compratore è tenuto a restituire il feudo al primo » (4).

---

(1) BOUTEILLER, *Somma rurale*, libro I, cap. VII, p. 397.

(2) Vedi le testimonianze in MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § 1, n. II (t. XXI, p. 69).

(3) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § I, n. II (t. XXI, p. 70).

(4) COGNIAUSE, *Pratica del retratto*, p. 97.

Il primo editore del *Repertorio* al quale Merlin ha congiunto il suo nome, Gujot, dice, in appoggio di questa restrizione, che il dolo non deve mai tornare a vantaggio di colui che lo ha usato. Vi ha dolo nel senso che il secondo compratore non è in buona fede. Egli avrebbe dovuto astenersi dal comperare, poichè sapeva che la cosa era già stata venduta a un primo compratore (1).

17. Quali atti erano soggetti alle formalità dei doveri di legge? La nostra legge ipotecaria esige la trascrizione di tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Tale era anche la regola delle consuetudini di pegno. Si legge nelle *Corte generali di Hainaut* (cap. XCIV, art. 1.°): « Nessuno potrà vendere, permutare, donare, gravare, costituire una rendita, nè in altro modo alienare i suoi feudi che mediante *désheritance*, avanti i signori o feudatarii dei fondi di cui si tratterà ».

La nostra legge non assoggetta alla trascrizione che gli atti tra vivi. La trasmissione per via d'eredità non deve essere resa pubblica. Era lo stesso nelle consuetudini di pegno, almeno per le successioni *ab intestato*. I doveri di legge, si diceva, sono inutili per trasferire i beni del defunto al suo erede legittimo, perchè la legge ne lo investe di pien diritto. Vi erano però alcune consuetudini dell'Hainaut le quali esigevano il pegno dell'erede nelle successioni collaterali. Pareva che tali successioni dovessero essere favorite meno delle successioni dirette. Di queste si può dire, colle nostre antiche consuetudini, che è Dio che fa gli eredi e che li investe, mentre le successioni collaterali sono già più o meno arbitrarie, poichè s'arrestano ad un certo grado di parentela fissato dalla legge. Ora, la legge che fissa il dodicesimo grado potrebbe fissare anche il quarto. Per una conseguenza logica di questo principio si decideva che le divisioni non erano soggette alle formalità legali. Infatti, la divisione non trasferisce la proprietà, essa dichiara soltanto i beni che i condividenti tengono direttamente dalla legge o da Dio, come dicono le nostre consuetudini. Le divisioni devono dunque restare fuori della regola, perchè le successioni non vi erano comprese. Vi era però una consuetudine dell'Hainaut la quale esigeva il pegno anche per le divisioni (2). È questo principio che prevalse nella nostra legge ipotecaria.

La nostra legge ipotecaria ha esteso questa eccezione alla successione testamentaria. Accadeva lo stesso nella maggior parte delle consuetudini di pegno. Vi erano però alcune consuetudini belghe le quali applicavano i doveri di legge alla trasmissione per testamento. Una di queste consuetudini voleva anzi che il testatore si spossessasse giudiziariamente dei beni di cui dispo-

---

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § I, n. II (t. XII, p. 69).
(2) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § I, n. VI (t. XXI, p. 78, 6.°, e pagina 79, 7.°).

neva, il che era pienamente logico, perchè non basta pel pegno che colui il quale acquista sia investito; egli non può esserlo se non dopo che si è spossessato il suo autore. Dalla necessità del pegno risultava una conseguenza pericolosissima pel legatario, cioè che, se l'erede alienava la cosa legata prima che il legatario ne fosse investito per opera della legge, la vendita era valida, e il legatario non aveva che un'azione personale contro l'erede, azione che poteva essere inefficace (1). È questa conseguenza che ha arrestato il legislatore belga. La necessità di trascrivere per divenire proprietario a riguardo dei terzi avrebbe messo il legatario alla mercè di un erede di mala fede.

18. Quanto agli atti tra vivi, le consuetudini di pegno non differivano guari dalla nostra legislazione moderna. Ogni atto traslativo di diritti reali immobiliari era soggetto ai doveri di legge. Tale era specialmente l'enfiteusi, che, nell'antico diritto, era perpetua, il che le dava le apparenze della proprietà. Le consuetudini dichiaravano immobili le enfiteusi *realizzate* per doveri di legge, e mobili quelle che non erano state *realizzate*, ossia l'enfiteuta non aveva che un diritto personale contro il concedente finchè non erano state adempite le formalità del pegno; di modo che ogni successore singolare poteva evincerlo. Era soltanto per opera della legge ch'egli acquistava un diritto contro i terzi.

Accadeva lo stesso delle servitù personali e reali. Esse sono uno smembramento della proprietà. La costituzione d'una servitù è dunque un atto d'alienazione e, come tale, soggetta alla formalità del pegno. Voet lo attesta per le consuetudini belghe. È per errore che Grozio ha preteso che le formalità del *rest* e del *devest* fossero inutili in questa materia.

Tutte le consuetudini del Belgio erano concordi nel prescrivere il pegno per la validità delle ipoteche. È una conseguenza logica del principio di pubblicità, poichè l'ipoteca interessa essenzialmente i terzi ai quali il creditore ipotecario è preferito. Non era così nelle consuetudini francesi. Si diceva che la pubblicità ripugna ai paesi latini. È un esempio curioso della potenza della tradizione romana. Un editto di Luigi XV (giugno 1771, art. 35) abrogò l'uso dei possessi e dei pegni per acquistare ipoteca e preferenza, derogando all'uopo a tutte le contrarie consuetudini (2). Così la Francia alla vigilia della rivoluzione ritornava al principio della clandestinità romana in materia di ipoteche! Ciò spiega i traviamenti del Consiglio di Stato e gli strani pregiudizii dei migliori giureconsulti che vi sedevano. Per essi il pegno era una barbarie feudale, ed era un progresso l'abolirlo.

Infine esistevano consuetudini secondo le quali era uso locare

---

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, § 1, n. VI (t. XXI, p. 79, 8.°).
(2) MERLIN, *Repertorio*, v. *Nantissement*, t. XXI, pp. 67 e 85.

con pegno. La legge belga ha generalizzato questa regola. Benchè la locazione non dia mai al conduttore un diritto sulla cosa, i terzi sono interessati a conoscerla come hanno interesse a conoscere i pesi reali che gravano gli immobili.

19. In tutti i paesi che ammettevano il pegno i doveri di legge dovevano compiersi avanti i giudici fondiarii, essi non erano di competenza dei notai. Nel secolo XVII, avendo Luigi XIV creato nella città d'Avesne sei uffici da notaio, questi ufficiali ottennero dietro loro domanda un decreto che li autorizzava a dare, nei contratti che ricevevano, le *déshéritances* e le *adhéritances*, e ordinava ch'esse avrebbero lo stesso effetto come se fossero state accordate dai magistrati delle Corti feudali o borghesi da cui i beni erano tenuti. Il podestà e il cancelliere del feudo d'Avesne si opposero a questo decreto. Essi invocarono le consuetudini dell'Hainaut, le quali esigono imperiosamente doveri di legge per l'acquisto di un diritto reale di proprietà. I notai non lo contestavano, ma pretendevano di soddisfare alle disposizioni delle consuetudini inserendo, nei contratti che ricevevano, gli atti di *déshéritance* e d'*adhéritance* negli stessi termini come se fossero stati stipulati avanti le autorità giudiziarie dei luoghi. Essi s'ingannavano grossolanamente in ciò, dicevano gli oppositori. Infatti, la validità di questi atti non era una questione di forma. Bisognava innanzi tutto che coloro che li ricevevano avessero veste per riceverli. Ora, le consuetudini vogliono che gli atti di *déshéritance* e d'*adhéritance* siano fatti avanti le autorità giudiziarie, ed è per buone ragioni che il pegno deve essere un atto giudiziario, perchè questo è un atto pubblico e solenne, mentre gli atti del ministero dei notai restano segreti. La pubblicità e la solennità sono i soli mezzi d'ovviare alle frodi ed alle truffe. Il parlamento di Metz diede ragione agli oppositori, e, pur permettendo ai notai di ricevere ogni sorta di contratti o di atti, sia per diritti reali che personali, decise che le parti non acquistavano alcun diritto reale in forza dei detti contratti prima di averli fatti realizzare avanti le autorità feudali per i feudi e avanti i sindaci e legali per i beni borghesi (1).

Ecco perchè non si poteva procedere ai doveri di legge che nella sala d'udienza dell'autorità giudiziaria signorile. Veramente i doveri di legge appartenevano alla giurisdizione volontaria, e, in generale, simili atti possono essere redatti dai giudici, in qualunque luogo questi si trovino. Si faceva eccezione a questa regola per i doveri di legge. Un editto del 9 maggio 1618 pronuncia la nullità del pegno in caso di contravvenzione. Gli antichi autori danno come ragione l'ignoranza dei giudici di villaggio, scelti sovente nella classe degli artigiani, e capaci dei grandi abusi se si fosse permesso loro d'agire nell'ombra. Bisogna aggiungere che la clandestinità sarebbe stata in aperta

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Devoirs de loi*, § I, n. XI (t. VIII, p. 39).

contraddizione col carattere del pegno, il quale doveva, per il suo oggetto, essere, come abbiamo detto, pubblico e solenne.

20. Nelle provincie belghe ogni sorta di beni era soggetta a un tribunale particolare. I feudi dipendevano dalla Corte feudale composta del podestà e dei magistrati feudali. I beni borghesi o *mainfermes* dipendevano dalla Corte borghese, composta di un preposto o maggiore e dei censiti o signori. Così il pegno dei feudi si faceva avanti la Corte feudale, e quello dei beni borghesi avanti la Corte borghese (1).

I doveri di legge consistevano in una *dessaisine* e in una *saisine*, che si chiamavano anche *déshéritance* e *adhéritance*, *vest* e *devest*. Ne consegue che le due parti dovevano comparire in giudizio, l'una per spossessarsi, l'altra per essere immessa in possesso. La formalità del pegno consisteva in una tradizione simbolica. Il venditore metteva nelle mani del capo della giurisdizione un bastone, simbolo del fondo, e il giudice lo metteva, alla sua volta, nelle mani del compratore. Era l'antica investitura feudale. Quantunque fatta giudizialmente, e, come tale, pubblica e solenne, questa immissione in possesso non bastava per dare pubblicità alla trasmissione delle proprietà immobiliari, perchè l'investitura era un atto passeggiero che i terzi interessati potevano non conoscere. Occorreva un complemento all'investitura, un atto che la constatasse e che fosse pubblico. Si stendeva un atto dei doveri di legge. Esso doveva contenere una descrizione esatta di ogni parte del fondo venduto, indicando l'estensione ed i confini dei beni. Se l'atto era concepito in termini generici, si poteva domandarne la nullità. È il principio della specialità in materia d'ipoteche, principio che si collega intimamente a quello della pubblicità, le due basi del nostro regime ipotecario. E ciò che è vero in materia d'ipoteche lo è pure in materia di trasmissione di diritti reali immobiliari. I terzi devono sapere in modo preciso quale è il fondo alienato o gravato di un diritto reale (2).

La nostra legge ipotecaria non ammette alla trascrizione che gli atti autentici. Così pure non si poteva dare il valore del pegno che agli atti autentici. I contratti in forza dei quali si stipulavano i doveri di legge dovevano essere autentici, e se erano privati, bisognava che fossero riconosciuti giudizialmente (3). Gli autori antichi non ne danno la ragione. In un tempo in cui l'ignoranza era più grande ancora d'oggidì, gli atti privati mal redatti sarebbero stati una sorgente di liti, come sono già per la loro stessa natura, poichè essi non fanno fede e basta negare la firma e la scrittura per togliere loro ogni forza probativa.

---

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Devoirs de loi*, § II, n. I (t. VIII, p. 45).
(2) MERLIN, *Repertorio*, v. *Devoirs de loi*, § I, n. I (t. VIII. p. 36), § III, n. I, p. 51.
(3) MERLIN, *Repertorio*, v. *Devoirs de loi*, § III, n. II (t. VIII, p. 53).

Infine gli atti dovevano essere registrati nella cancelleria del tribunale che li aveva ricevuti. È questa la condizione più essenziale della pubblicità. I registri erano comunicati indifferentemente a tutti. I tribunali fecero regolamenti, come ne avevano il diritto secondo l'antica giurisprudenza, e i re pubblicarono ordinanze per prescrivere la registrazione, o quella che noi oggi chiamiamo la trascrizione, come pure per impedire che i registri fossero alterati. È assolutamente il sistema della nostra legislazione (1).

N. 2. — Il pegno e l'investitura feudale.

21. Uno degli autori del codice civile, Bigot-Préameneu, rappresenta il pegno consuetudinario come il risultato dell'oppressione feudale. I signori, egli dice, per moltiplicare i loro diritti di trapasso, hanno assimilato la costituzione d'ipoteca ad una alienazione effettiva, ed hanno intralciato i trasferimenti della proprietà con mille formalità, perchè nessuna sfuggisse alla loro avida sorveglianza. Si è risposto, giustamente, che in tal modo si falsa intieramente la verità della storia (2). Si può senza dubbio rimproverare la fiscalità al regime feudale, ma bisogna ricordarsi che sotto questo regime non vi erano imposte generali, i signori non avevano che diritti e canoni. Essi cercarono d'aumentarli, ed è naturalissimo che abbiamo approfittato dei trapassi della proprietà immobiliare per percepire un diritto. Avremmo torto di farne loro un rimprovero, poichè noi abbiamo mantenuto il diritto convertendolo in imposta. Quanto alla formalità del pegno o della trascrizione che il codice civile ha abrogata, essa data, è vero, dalla feudalità, ma non ha nulla di comune coll'oppressione feudale. I doveri di legge sono per sè stessi un beneficio, perchè consacrano la pubblicità, che sola tutela i diritti dei terzi ed assicura il credito pubblico, mentre la clandestinità del codice civile compromette ad un tempo i diritti dei terzi e l'interesse della società. Certo il principio della pubblicità non è responsabile della fiscalità feudale. Bisognava mantenerlo, abolendo gli abusi del fisco, o moderandone per lo meno le esigenze.

L'origine feudale delle trascrizioni (chi lo crederebbe?) è stato uno degli argomenti che si sono opposti in Francia, nel 1855, al ristabilimento della trascrizione (3). Non varrebbe la pena di menzionare questa singolare obbiezione, se non fosse per mo-

---

(1) **Brillon**, *Dizionario dei decreti*, v. *Ensaisinement*; **Merlin**, v. *Devoirs de loi*, § III, n. V (t. VIII, p. 53).
(2) **Troplong**, *Privilegi e ipoteche*, prefazione, p. 7 (ediz. belga).
(3) Seduta del Corpo legislativo del 13 gennaio 1855 (analizzata da **Troplong**, *Della trascrizione*, p. 66).

strare quanto è grande l'ignoranza della storia e quanto importa fortificare gli studi storici. Perchè, si diceva al corpo legislativo, era prescritto il pegno da certe consuetudini? Perchè non vi era terra senza signore. Non potendo il signore nè alienare nè diminuire la sua signoria, si immaginò di dividere il diritto di proprietà e di distinguere fra il *dominio utile* e il *dominio diretto*. Il signore conservava il secondo e disponeva del primo. Non si poteva divenire acquirenti che dopo l'approvazione del signore. È questa formalità che, nel diritto intermedio, fu sostituita dalla trascrizione. Il nuovo diritto non doveva più occuparsi di questi avanzi del regime feudale. Ecco perchè il codice pone il principio che la vendita è perfetta pel solo consenso delle parti. Voler ristabilire la trascrizione è ricostituire in certo qual modo la feudalità, separando di nuovo il dominio diretto dal dominio utile.

Affrettiamoci ad opporre la vera storia all'ignoranza della storia. L'origine feudale del pegno è incontestabile, ma si dirà per questo che si debba ripudiare la trascrizione che l'ha sostituita? Tutto il nostro stato sociale, a cominciare dalla nostra libertà, ha il suo principio nel regime feudale. Ma chi penserebbe a ripudiare le nostre istituzioni politiche perchè procedono dalla feudalità? Già prima della rivoluzione del 1789 nel pegno non vi era più nulla di feudale all'infuori dei diritti di feudo e di corte feudale che le consuetudini avevano mantenuto. Se ne vuole la prova? Gli antichi giureconsulti discutevano la questione di sapere se i liberi allodii erano soggetti alle formalità del pegno. No, si diceva, perchè i signori non sono stati proprietari delle terre allodiali, o non ne hanno più il dominio diretto. Dunque l'alienazione di queste terre si fa senza le solennità delle investiture. Eppure le consuetudini dell'Hainaut, feudali per eccellenza, prescrivevano per gli allodii forme analoghe a quelle che si osservavano per i feudi. Ogni trapasso di proprietà si faceva in presenza di due liberi proprietari allodiali, specie d'ufficiali che avevano su questi beni la stessa giurisdizione che i podestà e i magistrati feudali avevano sui feudi, e il maggiore e i magistrati borghesi sui beni borghesi. Non si poteva dunque alienare nè un allodio nè un feudo senza l'opera della legge. Prova che l'investitura feudale si era trasformata quanto al suo significato ed al suo scopo. Non si trattava più di tutelare la sovranità diretta dal signore, ma di garantire gli interessi dei terzi. È quanto dichiaravano formalmente l'editto di Carlo V, del 10 febbraio 1538 e quello di Filippo II del 6 dicembre 1563, i quali prescrivono il pegno per tutti gli atti che alienano o gravano un fondo. Si è detto che queste formalità hanno per oggetto di proscrivere le frodi e gli stellionati. Così fin dal secolo XVI non è più questione della sovranità diretta dei signori. L'interesse generale ha preso il posto degli interessi feudali. Anche nelle leggi belghe non si trovava alcuna traccia di distinzione fra gli allodii e i feudi, per quanto riguarda le

formalità delle spogliazioni e delle investiture, e la ragione è semplicissima. L'interesse dei terzi esigeva la pubblicità di ogni alienazione, qualunque fosse l'origine dei beni, fossero liberi allodii o feudi.

22. Ecco la vera storia, e, cosa notevole, essa è esposta nel *Repertorio* di Merlin, nel luogo stesso ove l'autore constata l'origine feudale del pegno (1). Dobbiamo risalire ancora più indietro se vogliamo constatare le origini dei doveri di legge. L'investitura feudale è già una trasformazione dell'investitura germanica, e quindi dobbiamo penetrare nelle foreste della Germanía per trovare le prime forme di una istituzione che è, a giusto titolo, considerata come una base del credito. Ecco come si dovrebbe scrivere la storia. Quando essa non è che una raccolta di fatti, senza mostrarcene la figliazione ed il significato, allora è una scienza quasi inutile. Essa diviene, al contrario, la più importante delle scienze quando stabilisce coi fatti la legge dello sviluppo progressivo della vita umana sotto tutti i suoi aspetti. È quello che ha fatto Montesquieu per le istituzioni feudali. Egli ne ha trovate le radici nelle foreste della Germania, e gli storici filosofi fanno oggi lo stesso per la libertà e le sue garanzie. Diremo per questo che si debba glorificare la barbarie germanica e l'oppressione feudale? No, certo. È la Provvidenza divina che bisogna ringraziare, mostrando Dio nella storia come noi lo scopriamo in noi stessi, che guida e inspira gli individui e le nazioni. Non vi ha spettacolo più meraviglioso e più istruttivo della storia così considerata.

Oggi la proprietà si trasferisce per solo effetto del contratto, vale a dire della volontà delle parti contraenti. I popoli barbari non comprendono come la proprietà cambi di mano per la sola forza del consenso. Essi non conoscono che la proprietà immobiliare, e questa proprietà si trasmette di mano in mano: il venditore si spoglia della cosa e il compratore ne è investito. Tale è il primo germe della spogliazione o delle investiture feudali. Quando la proprietà s'estende ai fondi si applicano alla loro trasmissione le stesse idee e, per quanto è possibile, le stesse forme. Siccome non possono essere trasmessi di mano in mano, si dà al compratore una zolla, simbolo della terra, gli si rimette un ramo d'albero, segno dei frutti che nascono dal suolo, immagine che colpiva di più i nostri antichi, poichè ricordava loro la foresta che teneva luogo di città, ovvero un bastone, un coltello, una spada, segno della padronanza che il venditore trasferisce al compratore. Per sè stesso questo simbolismo è impotente, è un fatto passeggiero che non lascia alcuna traccia nella memoria degli uomini. Ecco perchè si fanno intervenire uomini liberi, *rachimbourgs*, *boni homines*, che rappresentano la tribù e danno solennità e, per ciò stesso,

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Devoirs de loi*, § I, n. VI (t. VIII, p. 36).

stabilità alle trasmissioni immobiliari. Manca ancora un elemento per completare queste formalità, è l'atto che constata quanto è avvenuto e ne fornisce la prova. La scrittura essendo ignorata, non si poteva parlare nè d'atto nè di registrazione, ma questo complemento della tradizione si farà per la forza delle cose, quando si sarà diffusa la conoscenza della scrittura (1).

È sottinteso che le formalità dell'investitura germanica sono estranee all'idea che domina nella trascrizione moderna, la garanzia dell'interesse dei terzi. Tuttavia si può dire che il primo germe della pubblicità si trova nella presenza dei testimonii all'immissione in possesso del compratore. Senza dubbio coloro che pretesero che i *rachimbourgs* assistessero a questo dramma della trasmissione della proprietà non pensavano ad assicurare i diritti dei terzi, ma ad ogni modo ne risultava una certa notorietà. È il germe provvidenziale donde uscirà più tardi la pubblicità moderna.

22. L'investitura germanica presenta tutti gli elementi dell'investitura feudale. Si potrebbe affermarlo, astrazion fatta dalle testimonianze che l'attestano: è la logica della storia che vuole così. La feudalità non è altro che l'elemento germanico trasportato nella conquista e costituente la società secondo i sentimenti e le idee dei conquistatori. Consultiamo l'antica consuetudine d'Artois. Noi vi vediamo il giudice assiso sopra un seggio dorato che tiene in mano un bastone di cui il compratore, genuflesso innanzi a lui, tiene l'altro capo, mentre gli uomini o probiviri, in numero di quattro, stanno in piedi dietro il compratore e in faccia al giudice. Ecco l'investitura feudale in azione. Vi si riscontrano tutti i tratti dell'investitura germanica, facendosi una tradizione simbolica in presenza degli uomini feudali che costituivano col signore la Corte feudale. Questo è un nuovo personaggio, che non figurava nelle antiche usanze della Germania. Egli è il rappresentante della sovranità, quale è compresa dai conquistatori. Non sovranità generale, la podestà sovrana inerente alla proprietà: ogni barone è re nella sua baronia, ma questo re non ha sudditi, egli non ha che vassalli, ed egli stesso è un vassallo. La proprietà è ad un tempo sovrana e dipendente, essa non è più quella che era presso i Romani, un diritto assoluto ed indipendente: ogni proprietario dipende da un signore di cui è il vassallo e da cui tiene la sua terra, perchè non vi ha terra senza signore. Come mai, in quest'ordine di cose, si prova la trasmissione della proprietà? Il vassallo non può disporre da solo del proprio feudo, perchè non è solo proprietario. Il signore da cui dipende è sovrano tanto delle terre quanto delle persone, per meglio dire, è sovrano delle persone

---

(1) Vedi le testimonianze in PARDESSUS. *Legge salica*, p. 616 e seg. TROPLONG, nella *Rivista di legislazione*, t. X, p. 154. TROPLONG, *Della trascrizione*, pp. 166 e 167.

perchè lo è delle terre. Il sistema feudale non è altro che una organizzazione particolare della proprietà. In quest'ordine d'idee il vassallo o proprietario che vuol vendere il suo feudo deve cominciare col rimetterlo nelle mani del signore da cui lo tiene, ed è la spogliazione. Poi il signore investe o dà il possesso al compratore al quale concede il fondo, ed è l'investitura. É una nuova forma dell'investitura germanica, con un nuovo attore, il signore sovrano. La presenza di questo personaggio indica che si è operato un profondo cambiamento nell'antica investitura. Non è più il venditore che si trova di fronte al compratore. Le due parti sono in presenza del sovrano, il quale non agisce mai solo, ma procede all'investitura nella sua corte. La trasmissione della proprietà si fa con forme giudiziarie. É un elemento di pubblicità di più. Tuttavia la società feudale figura nel dramma dell'investitura, il sovrano e i suoi vassalli. Queste forme giudiziarie divengono il principio del pegno consuetudinario, il quale deve farsi giudizialmente. La trasformazione realizza un progresso capitale, per quanto riguarda la trasmissione della proprietà. Dopo l'invenzione della scrittura, non procede senza stendere atto di quello che fa o di quello che avviene avanti a lei. Essa ha i suoi registri, sui quali si prende atto di tutto. La trasmissione della proprietà feudale, l'atto più importante della società feudale, poichè investe il vassallo d'un diritto di sovranità, doveva trovare il suo posto in questi registri. Per completare la pubblicità, non restava che permettere ai terzi di prenderne comunicazione. Questo è di diritto per ogni procedura giudiziaria, e quindi anche per la trasmissione fatta, nelle Corti feudali, della proprietà dei fondi (1).

Diremo dell'investitura feudale quanto abbiamo detto dell'investitura germanica. I signori non pensavano a tutelare gli interessi dei terzi, quando presiedevano all'investitura. Essi facevano atto di sovranità, e pur trasmettendo una proprietà sovrana, mantenevano il loro diritto di sovrano, sovranità che finì col divenir nominale, ma che serviva ancora a giustificare la percezione di diritti pecuniarii. Benchè l'investitura feudale avesse per primo movente l'interesse del sovrano, essa fa un passo decisivo verso la pubblicità consuetudinaria. È il pegno colla spogliazione e la sua investitura, la sua *déshéritance* e la sua *adhéritance*. Le forme rimasero feudali, ma il pegno praticato nei paesi commerciali e industriali aveva tutt'altra importanza che l'investitura conferita nelle Corti feudali. Quello che era stato introdotto dall'interesse personale dei signori divenne la base del credito e la fonte della ricchezza privata e pubblica.

24. La feudalità regnava su tutta la Francia come su tutte

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 167, n. 5. MERLIN, v. *Devoirs de loi*, § I, n. VI (t. VIII, p. 36), alla parola *Nantissement* (t. XXI, p. 67, n. 11).

le provincie belghe. Tuttavia l'investitura feudale sotto il nome di pegno non si mantenne che nel Belgio e nel nord della Francia, l'Artois e il Vermandese. A sentire Troplong, fu una grande conquista sul materialismo del diritto feudale. « Si lasciò questo diritto formalista alle abitudini di alcuni paesi, conosciuti sotto il nome di paesi di pegno. Benchè il regime della feudalità avesse subito, in queste provincie, profonde alterazioni, tuttavia lo spirito dei popoli in Fiandra, nell'Artois, in Picardia, nel Vermandese non si era distaccato da certe origini germaniche che vi avevano lasciato tracce più profonde che altrove » (1).

Ecco uno strano progresso! Quello che prevalse nella Francia consuetudinaria è la clandestinità romana, e quello che si mantenne nelle nostre provincie è la pubblicità delle consuetudini di pegno. Questa pubblicità non è altro che quella della trascrizione. Troplong applaude al principio della pubblicità e rimprovera sinceramente agli autori del codice di averlo abbandonato. Come può egli, dopo ciò, celebrare come un progresso sul materialismo feudale l'abbandono dell'investitura, il che implicava l'abbandono della pubblicità, di modo che egli esalta e riprova nel tempo stesso una sola e medesima istituzione? Lasciamo da parte questa inesplicabile contraddizione per ritornare alla storia. Se l'investitura feudale scomparve nella maggior parte della Francia, bisogna vedervi, non una conquista sul materialismo feudale, ma una vittoria del diritto romano sopra una istituzione che, per le sue forme, ricordava la feudalità. Abbiamo detto altrove (2) che i legisti romani furono i nemici mortali del regime feudale, e che, legati alla regalità, prevalsero. Ma la Francia pagò caramente questa vittoria. Se vi guadagnò l'eguaglianza delle classi, vi perdette la libertà. La sovranità dei signori scomparve, ma per far posto al potere assoluto dei re. Tutte le istituzioni feudali caddero col sistema feudale. Ecco in qual modo le consuetudini abbandonarono l'investitura del medio evo e il pegno al quale esso aveva condotto per ritornare alla clandestinità romana (3). Il culto del diritto romano acciecava i più grandi giureconsulti. Coloro i cui scritti servivano di guida agli autori del codice non tengono alcun conto d'un uso speciale ai paesi di pegno. È la dottrina romana che domina negli scritti di Domat e Pothier. Ma, anzichè essere questa una conquista sul materialismo del passato, fu, al contrario, un regresso, un progresso a rovescio, come avviene talvolta nella vita dell'umanità. Sono i paesi di pegno, le nostre provincie attaccate alle usanze germaniche che realizzarono il vero progresso. Non, come dice Troplong, perchè le origini germaniche vi avessero lasciato maggiori tracce che altrove. La metà delle

---

(1) Troplong, *Della trascrizione*, p. 169, n. 6.
(2) Vedi i miei *Studii sulla Chiesa e la feudalità*.
(3) Troplong, *Della trascrizione*, p. 128, n. 12.

nostre provincie sono vallone ed i doveri di legge vi erano in uso quanto nelle provincie fiamminghe. Se le nostre consuetudini mantennero il pegno, se i nostri principi ne fecero una legge generale, è perchè la pubblicità è una garanzia per i terzi e, quindi, un elemento di prosperità e di ricchezza per gli individui a per la società. Questo è il vero progresso. Esso si compì nelle provincie belghe, perchè vi fiorivano l'industria ed il commencio, ed il movimento degli affari che le relazioni industriali e commerciali traggono seco non si concilia colla clandestinità romana.

N. 3. — **La legislazione.**

25. Colbert, ministro del gran re, non era certo un partigiano della sovranità feudale. Tuttavia ebbe il pensiero « di perfezionare, con una disposizione universale, quello che alcune consuetudini avevano tentato di fare mercè le investiture e i pegni ». Sono le parole del preambolo dell'editto del 1673. Il celebre ministro voleva stabilire il principio della pubblicità senza lasciarsi ingannare dalle forme che il pegno aveva tolte al regime feudale. Come mai, disponendo del potere assoluto di Luigi XIV, egli non ha realizzato questa riforma? L'editto del 1673 non s'occupava che del regime ipotecario e della purgazione delle ipoteche. Esso fu revocato l'anno seguente sotto pretesto della difficoltà di metterlo in pratica (editto del 1674). Vi furono parlamenti che non registrarono l'editto che in base a lettere imperative. È quanto dire che la pubblicità trovò un'ostinata resistenza nel cieco attaccamento della magistratura alla tradizione romana, e nei pregiudizii meno sensibili della nobiltà, la quale, spendereccia e piena di debiti, non voleva che la sua situazione immobiliare fosse posta in luce (1). Quanti insegnamenti in questa resistenza! Vi sono ancora degli uomini che maledicono la rivoluzione e credono che il progresso ch'essa ha compiuto colla violenza, col sangue e le rovine, si sarebbe realizzato pacificamente colla regalità. Ed ecco che un re, onnipotente, annuncia l'intenzione di *perfezionare* la legislazione immobiliare introducendovi il principio di pubblicità, ed è obbligato ad indietreggiare ed a revocare il suo editto per la sorda opposizione della nobiltà legata coi parlamenti! Decisamente l'antico regime era irriformabile. Se non poteva essere perfezionato il diritto civile per i pregiudizii della vanità, come si sarebbe riformato lo stato politico, la cui riforma avrebbe sollevato l'ostilità di pregiudizii ben più potenti?

---

(1) MARTOU, *Commentaire*, t. I, p. 25, nota 2. TROPLONG, *Della trascrizione*, pagina 182, n. 16.

26. Era necessario, per riformare la vecchia società, un colpo di folgore. La notte del 4 agosto 1789 creò un nuovo mondo, il regime feudale fu distrutto fin nelle sue ultime vestigie. I *doveri di legge* divenivano quindi impraticabili, poichè supponevano giustizie signorili, abolite con tutte le altre istituzioni civili che avevano la loro origine nella feudalità. Che cosa doveva divenire il pegno? Se era vero, come si è detto (n. 21), che il pegno non fosse altro che l'abuso della podestà feudale, l'Assemblea costituente, così gelosa di cancellare tutte le tracce d'un regime odioso, avrebbe certamente abrogato i doveri di legge. Malgrado la passione rivoluzionaria che l'ispirava, essa fu più chiaroveggente degli autori del codice civile. Nel pegno non vi era nulla di feudale all'infuori delle forme. Quanto alla sostanza, era il principio di pubblicità applicato alla trasmissione degli immobili. L'assemblea aveva appena proclamato il principio di pubblicità nell'ordine politico. Come lo avrebbe ripudiato nell'ordine civile? Essa fece ciò che deve fare un saggio legislatore, abolendo le forme feudali impraticabili sotto il nuovo regime, e mantenendo il principio di pubblicità sotto una nuova forma. La legge del 19 settembre 1790 (art. 3) dispone: « A datare dal giorno in cui i tribunali di distretto saranno istallati nei paesi di pegno, le formalità di *saisine*, *dessaisine*, *vest*, *dovest*, *reconnainsance èchevinale*, *mise de feit*, *main-assise*, *plainte à la loi*, e generalmente tutte quelle attinenti al pegno feudale o censuale, sono e rimarranno abolite, e, fino a che non sarà stato altrimenti disposto, ne terrà luogo la trascrizione delle copie dei contratti d'alienazione o d'ipoteca, e basterà conseguentemente per consumare le alienazioni e le costituzioni d'ipoteche ».

È la prima volta che la parola *trascrizione* appare nella legge. Ed è un'assemblea nemica mortale della feudalità che consacra sotto questo nome, una istituzione feudale. Ecco ancora una volta la mano di Dio nella vita dell'umanità. Gli è perchè vi era ben altro nel pegno che l'oppressione feudale o il materialismo feudale, vi era il principio di pubblicità. Il legislatore rivoluzionario abolì le forme, la scorza del principio, e mantenne il principio. « Le dette trascrizioni, dice l'art. 4, saranno fatte dai cancellieri dei tribunali di distretto nella cui circoscrizione sono situati i beni, secondo l'ordine nel quale verranno loro presentate le copie dei contratti, e che sarà costatato da un registro particolare. E i cancellieri saranno tenuti a dar comunicazione di questi registri ai richiedenti senza spese ».

27. La legge del 1790 era una legge transitoria e locale, essa non si applicava che ai paesi di pegno. Non è in una legge di circostanze che conveniva porre le basi della legislazione civile. L'economia politica, scienza nuova, nata alla fine del secolo XVIII, aveva concentrato i suoi primi lavori sulla terra, ch'essa considerava come la fonte di ogni ricchezza. Lasciamo da parte le esagerazioni della teoria degli economisti. Ad ogni

modo essa doveva essere favorevole al principio di pubblicità, perchè favoriva la circolazione delle proprietà immobiliari. La legge del 9 messidoro anno III organizzò la pubblicità sulle basi più larghe, e nella vista d'imprimere alla circolazione degli immobili la stessa rapidità ad un tempo e la stessa sicurezza che alla trasmissione dei valori mobiliari. Era voler l'impossibile, poichè non si può mobilizzare il suolo.

La legge di messidoro non ebbe che una breve esistenza. Essa fu sostituita da quella dell' 11 brumaio anno VII. Questa consacrò e generalizzò la pubblicità sotto la forma della trascrizione. Riproduciamo l'art. 20 che avremo più d'una volta l'occasione di citare: » Gli atti traslativi di beni e diritti suscettibili d'ipoteche devono essere trascritte sui registri del conservatore delle ipoteche nel cui circondario i beni sono situati. Fino allora essi non possono essere opposti ai terzi che avranno contrattato col venditore e che si fossero conformati alle disposizioni della presente legge ». Pur togliendo il principio di pubblicità dalle consuetudini di pegno, il legislatore dell'anno VII lo restrinse. Esso non sottopose alla trascrizione tutti gli atti che trasferiscono diritti reali immobiliari, ma soltanto gli atti concernenti i beni suscettibili d'ipoteche. Sono i termini restrittivi dell'art. 939, che gli autori del codice civile hanno tolto all'ordinanza del 1735. La pubblicità consuetudinaria era più larga, e dal momento che si ammette la necessità di rendere pubbliche le alienazioni d'immobili, bisogna che la pubblicità sia generale e senza eccezione alcuna. La semi-pubblicità è un non senso e vien meno necessariamente al suo scopo.

28. Veniamo al codice civile. Esso consacra la clandestinità romana (n. 9). Come mai il legislatore del secolo XIX ha abbandonato la tradizione rivoluzionaria che era anche la tradizione delle consuetudini di pegno? Esso non si trovava arrestato, come Colbert, da pregiudizii di casta: non vi erano più nè parlamenti nè nobiltà. D'altra parte non si trattava d'una innovazione. La pubblicità che il ministro di Luigi XIV considerava come un perfezionamento, esisteva, funzionava. Vi erano motivi per abolirla? La risposta alla nostra domanda non fa onore agli autori del codice civile. È doloroso a dirsi, ma la verità va innanzi a tutto.

Il progetto di codice deliberato dalla sezione di legislazione del Consiglio di Stato conteneva la seguente disposizione: « Gli atti traslativi di proprietà che non sono stati trascritti non possono essere opposti ai terzi che avessero contrattato col venditore, e che si fossero conformati alle disposizioni della presente ». Era la riproduzione della legge dell' 11 brumaio anno VII (n. 27). Durante la discussione, Maleville domandò se risultava da questo articolo che un secondo compratore che avesse fatto trascrivere, sarebbe investito della proprietà in danno del compratore più antico che non avesse adempito questa formalità. L'affermativa era evidente, poichè il primo,

non avendo trascritto il suo atto d'acquisto, non è proprietario a riguardo dei terzi, ma solo a riguardo del venditore. Per conseguenza. s'egli è evitto da un acquirente che trascrive, non ha che un'azione personale contro il suo venditore. È quello che rispose Treillard, il relatore della sezione di legislazione. Jollivet soggiunge che dal sistema di pubblicità risulta ancora che il venditore, una volta trascritta la vendita, non poteva più gravare d'ipoteche l'immobile venduto, mentre, se il compratore non trascriveva, il venditore, restando proprietario a riguardo dei terzi, poteva ancora ipotecare il bene.

Sono precisamente queste conseguenze, dice Trouchet, che rendono la disposizione *disastrosa.* Essa avrebbe gli *effetti più funesti.* Questa violenta critica del principio di pubblicità ci pare oggi cosa inconcepibile. Rappresentare come *funesto* e *disastroso* un sistema che garantisce tutti i diritti e tutti gli interessi è quanto dire che la luce del sole è una calamità la quale ci priva dei beneficii della tenebre della notte. Che cosa ha la luce di sì *funesto* e *disastroso?* Io acquisto un immobile sotto l'impero d'una legge la quale mi previene che, se non trascrivo, non sarò proprietario a riguardo dei terzi, che, per conseguenza, il mio venditore resta proprietario a loro riguardo e può, conseguentemente, alienare e ipotecare la cosa, il che mi esporrà ad essere evitto da un secondo compratore o da un creditore ipotecario. Io trovo bene di non trascrivere e quindi mi assumo i rischi dell'evizione. Se sono evitto, dirò che è colpa della pubblicità, sistema funesto e disastroso? Ciò non ha senso. Io sono evitto perchè non sono proprietario a riguardo dei terzi e se non lo sono, è perchè non ho adempito le formalità prescritte dalla legge per divenirlo. Ho forse il diritto d'accusare la legge quando sono io colpevole d'imprudenza e di negligenza? Tronchet dice: « E' impossibile giustificare una disposizione che espone a sì grandi pericoli il sacro diritto di proprietà, e che sacrifica un proprietario legittimo ad un nuovo acquirente, ad un nuovo creditore ». Ma chi non obbedisce alla legge ha forse il diritto di lagnarsi della legge?

Si accusa la pubblicità di compromettere il sacro diritto di proprietà, mentre la pubblicità ne è la salvaguardia e la garanzia. Io acquisto un immobile, credo di esserne proprietario, ed ecco che un primo acquirente si presenta munito d'un titolo segreto, e mi evince in forza del *sacro diritto di proprietà,* perchè è lui che è proprietario a riguardo di tutti in forza di un titolo che io non potevo conoscere, poichè era rimasto occulto. Io ho diritto d'accusare in proposito la legge, che è la causa della mia evizione, perchè, se sono evitto, è per effetto della clandestinità delle transazioni immobiliari. Chi oserà comperare col timore d'essere evitto e senza avere alcun mezzo di prevenire l'esizione? Se acquisto, stipulerò un prezzo minore pel danno che mi minaccia. Chi dunque soffre, in sostanza, della clandestinità? Il proprietario che vuol vendere. È, per conseguenza, la clande-

stinità che è un sistema funesto per il sacro diritto di proprietà. Supponiamo che, invece di vendere, il proprietario voglia assumere un mutuo. Io gli presto una somma di ventimila franchi contro ipoteca. Ora, questo proprietario aveva alienato l'immobile nel momento in cui me lo dava in ipoteca. Quando io voglio esercitare il mio diritto ipotecario, mi si dice che la mia ipoteca è nulla. Io perdo il mio credito. Ecco l'effetto della clandestinità, essa facilita la frode. E' per impedirla che, fin dal secolo XVI, il legislatore belga aveva ordinato la pubblicità degli atti traslativi di proprietà immobiliare. E ci si vien a dire che un sistema che previene la frode è un sistema funesto e disastroso? Sì, può divenire funesto pel compratore negligente che non obbedisce alla legge. Io compero un immobile e non trascrivo. Il mio venditore, rimasto proprietario a riguardo dei terzi, concede un'ipoteca ad un mutuante. Questi può evincermi coll'azione ipotecaria. Ecco, dice Tronchet, il sacro diritto di proprietà compromesso! Sì, è compromesso, ma per colpa dell'acquirente, il quale deve prendersela, non colla legge, ma colla sua negligenza. Se il legislatore deve protezione al diritto di proprietà, non ne deve alcuna all'imprudenza.

29. Treilhard rispose a Tronchet. La sua risposta, quale è riferita nei processi verbali di Locrè, manca di chiarezza e di precisione. Eppure è decisiva. I vantaggi della pubblicità ed i pericoli della clandestinità sono talmente evidenti che basta mostrarne le conseguenze per farli toccare con dito, perchè sono palpabili. Noi lo abbiamo fatto, e quindi è inutile analizzare il discorso di Treilhard. Nella discussione intervenne anche il console Cambacérès, e, come al solito, non per illuminarla. Egli parlò degli acquisti anteriori alla legge dell'11 brumaio anno VII dicendo che una nuova legge poteva ledere diritti acquisiti. Treilhard aveva già risposto che la proposta disposizione era estranea agli antichi acquisti. Vi era un'altra risposta da dare, cioè che Tronchet invocava a torto il principio delle non retroattività, perchè, nel caso concreto, non vi erano diritti acquisiti. Rimandiamo a quanto si è detto sull'art. 2. Poi il console Cambacérès fece una critica dettagliata che non riguardava il principio di pubblicità. Egli supponeva che il venditore alienasse un fondo che non gli apparteneva, il che, egli dice, avviene ben di sovente in campagna, ove si praticano ogni giorno delle usurpazioni. Il console domandò che nella legge fosse detto che la trascrizione del contratto non trasferisce al compratore la proprietà, quando il venditore non è proprietario; il che non era dubbio. Queste proposte furono adottate dal Consiglio, e il progetto venne rimandato alla sezione di legislazione per redigerlo nel senso degli emendamenti del console (1).

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 10 ventoso anno XII, n. 24 (LOCRÉ, t. VIII, p. 217).

La proposta pubblicità era dunque ammessa in massima, con queste due dichiarazioni che non pregiudicasse agli antichi acquisti e non impedisse al vero proprietario di rivendicare se il vero venditore non era proprietario della cosa venduta. Che cosa avvenne alla sezione di legislazione? Fece essa una relazione? E il Consiglio respinse il principio di pubblicità dopo una nuova discussione? Stando ai processi verbali di Locrè, bisogna dire di no. Non vi fu relazione, nè discussione, nè voto. La sezione di legislazione dimenticò forse di fare una relazione? È la supposizione più probabile. Treilhard, il relatore, nòn brillava per l'esattezza. Troplong crede che vi fu un malinteso od una gherminella (1). Un malinteso si spiega difficilmente, ed una gherminella meno ancora. E' la sezione di legislazione che aveva proposto il principio di pubblicità e il suo relatore l'aveva difeso in seno al Consiglio di Stato. Spettava a lei riprodurlo, aggiungendovi gli emendamenti di Tronchet e di Cambacérès, i quali non erano che spiegazioni. In ogni caso, la questione capitale del regime ipotecario si è trovata decisa dal silenzio del codice nel senso della clandestinità, dopo che il Consiglio aveva adottato implicitamente il principio di pubblicità. E' una leggerezza inescusabile.

30. La clandestinità non è un principio, ma un vizio. Questo vizio non può nemmeno essere imputato agli autori del codice, perchè la clandestinità non fu votata dal Consiglio. Ad ogni modo è il gran difetto del codice civile. Se ne sono accorti in tutti i paesi nei quali fu introdotta la legislazione francese. Ovunque il regime ipotecario è stato modificato nel senso della pubblicità più o meno larga degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. In Francia si fece un'inchiesta, nel 1841, sulla revisione del regime ipotecario. Furono consultate le Corti d'appello ed esse si pronunciarono quasi all'unanimità in favore della trascrizione. Due sole, quelle di Bordeaux e di Tolosa, si dichiararono apertamente per la clandestinità romana. Esse non sospettavano nemmeno che la clandestinità fosse un vizio del diritto romano. Sarebbe però ingiusto fargliene un rimprovero. La pubblicità è una questione di credito, e l'idea del credito non poteva nascere presso il popolo di Marte, che aveva la missione di conquistare il mondo e di governarlo. I pro getti di riforma ipotecaria proposti in Francia non riuscirono, ma, siccome tutte le commissioni, parlamentari e governative, erano andate d'accordo nell'ammettere il principio di pubblicità, si staccarono dal progetto di legge ipotecaria le disposizioni relative alla trascrizione. Fu questo l'oggetto della legge francese del 23 marzo 1855. Pubblicata quindici anni dopo la nostra legge ipotecaria, essa consacra lo stesso

(1) TROPLONG, *Privilegi e ipoteche*, prefazione, p. 13 e seg.

principio, ma con modificazioni di cui bisogna tener conto, se si vuole approffittare delle opere pubblicate sulla materia (1) e della giurisprudenza francese.

CAPO II.

Della Trascrizione.

SEZIONE I. — Degli atti soggetti alla trascrizione

§ I. — *Il principio.*

31. Ogni atto che i terzi hanno interesse a conoscere deve essere trascritto? No, la legge definisce gli atti di cui prescrive la pubblicità, e questi solamente debbono essere resi pubblici mediante la trascrizione. Vi sono anche altri atti che la legge sottopone alla pubblicità, ma con un modo diverso dalla trascrizione. Infine vi sono atti che interessano i terzi e che tuttavia non devono essere resi pubblici. Ne consegue che bisogna attenersi strettamente al testo per decidere quali atti debbano essere trascritti. Ciò è anche razionale. Quando un atto soggetto alla trascrizione non è stato trascritto, non può essere opposto ai terzi: la legge lo considera come non esistente a loro riguardo. Ora non vi è che il legislatore che possa togliere ogni efficacia, rispetto ai terzi, ad atti che per se stessi sono validi e che producono tutti i loro effetti fra le parti contraenti. Perchè il legislatore toglie a questi atti ogni effetto a riguardo dei terzi? Per un interesse generale, quello del credito privato e pubblico. Ora, la sola legge è custode dell'interesse della società, e quindi l'interprete deve, in questa materia, attenersi strettamente alla disposizione legislativa. Non sono soggetti alla trascrizione che gli atti dei quali la legge prescrive la pubblicità sotto questa forma.

32. L'art. 1.° della legge ipotecaria dispone: « Tutti gli atti tra vivi a titolo gratuito od oneroso, traslativi o dichiarativi di

---

(1) Citeremo le più importanti: FLANDIN, *Della trascrizione in materia ipotecaria*, 2 vol. in 8.° (Parigi 1861); MOURLON, *Trattato teorico e pratico della trascrizione*, 2 vol. in 8.° (Parigi 1862); TROPLONG, *Commentario della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione*, 2.° ediz., 1 vol. in 8.° (1864); VERDIER, *Della trascrizione ipotecaria*, 2 vol. in 8.° (Parigi 1864); RIVIER e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione in materia ipotecaria*, 1 vol. in 8.° (1856).

diritti reali immobiliari, saranno trascritti ». La prima condizione richiesta per farsi luogo alla trascrizione è dunque che esista un *atto* traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari. Che cosa s'intende per *atti* in questa materia? Sono gli scritti constatanti una convenzione traslativa o dichiarativa di proprietà immobiliare. Tale è il significato ordinario della parola *atti* che la legge distingue in atti autentici ed atti per scrittura privata. Diremo più avanti come, secondo l'art. 2, solo gli atti autentici sono, in massima, ammessi alla trascrizione. Non basta dunque che vi sia un contratto traslativo di diritti reali immobiliari per farsi luogo a trascrizione. Trascrivere è copiare, e per copiare occorre uno scritto che il conservatore possa trascrivere. Se le parti non hanno steso alcun atto delle loro convenzioni non potranno adempiere le formalità della trascrizione, e conseguentemente le loro convenzioni non avranno alcun effetto a riguardo dei terzi, non potendo essere adempita la condizione sotto la quale esse sono opponibili ai terzi. E' una grave deroga al codice civile. Per principio, lo scritto non serve che di prova. Una convenzione verbale che sia provata è efficace come se fosse constatata da un atto autentico. Questo principio è modificato dalla legge ipotecaria per quanto riguarda i terzi. La vendita verbale d'un immobile trasferisce la proprietà a riguardo del compratore, ma non a riguardo dei terzi. Il compratore non può divenire proprietario a riguardo dei terzi fino a che il contratto non sia stato constatato da uno scritto ammesso alla trascrizione, e non sarà proprietario a riguardo dei terzi che a partire dalla trascrizione. Ritorneremo su quest'ultimo punto. Risulta dunque dalla trascrizione che i contratti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari sono, per certi riguardi, contratti solenni. La trascrizione è una solennità che deve essere adempita per un interesse pubblico, e che non può esserlo che quando le parti hanno steso delle loro convenzioni un atto ammesso alla trascrizione.

33. Dal principio che occorre una convenzione traslativa o dichiarativa di proprietà immobiliare, perchè vi sia luogo a trascrizione, risultano conseguenze importantissime. I *fatti* che non sono convenzioni non danno luogo a trascrizione, benchè la legge vi attribuisca il trasferimento della proprietà (1). Tale è il fatto dell'occupazione. Abbiamo detto altrove che, nel nostro diritto francese, l'occupazione non si applica più agli immobili (v. VIII, n. 437). Ciò basta già perche non si possa parlare di trascrizione dell'acquisto della proprietà per occupazione, giacchè la legge non sottopone alla trascrizione che gli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali *immobiliari*. E quand'anche si ammettesse l'occupazione di un immobile, non vi sarebbe luogo

(1) Relazione della commissione speciale che ha preparato il progetto di legge sul regime ipotecario (PARENT, p. 9).

a trascrizione, perchè l'occupazione è un fatto, e i fatti non si trascrivono.

L'occupazione d'un immobile è il principio del possesso, e il possesso conduce alla prescrizione. Di qui la questione di sapere se l'acquisto d'un immobile mediante la prescrizione è soggetto alla trascrizione. Bisogna distinguere fra l'usucapione di dieci e vent'anni e la prescrizione *trentennale*. L'usucapione suppone un titolo traslativo di proprietà (art. 2265). Questo titolo non può essere opposto ai terzi che quando è stato trascritto. Ecco una nuova condizione dell'usucapione che risulta dal principio stabilito dalla legge ipotecaria. Sotto l'impero del codice civile, l'usucapione esisteva quando vi era un titolo. Bastava dunque che la convenzione traslativa della proprietà risultasse da un atto autentico o privato, mentre, secondo la nuova legge, occorre un atto ammesso alla trascrizione e trascritto sui registri del conservatore. È una garanzia di più pel proprietario contro il quale il possessore prescrive. Ritorneremo sull'argomento.

Quanto alla prescrizione trentennale, essa si fonda esclusivamente sul possesso. Ora, il possesso è un fatto. La legge attribuisce a questo fatto l'acquisto della proprietà, quando il possesso presenta i caratteri voluti dalla legge ed ha durato trent'anni. Si può applicare alla proprietà così acquistata dal possessore il principio della trascrizione? La negativa risulta dal testo medesimo della legge ipotecaria. Questa non assoggetta alla pubblicità che le convenzioni traslative della proprietà immobiliare constatate da *atti*. Ora, il possesso trentennale esclude ogni atto e quindi non si può parlare di trascrizione. Dovrà dirsi per questo che il possessore divenuto proprietario non possa opporre il suo diritto ai terzi? Egli lo poteva sotto l'impero del codice civile, al pari del compratore. La nuova legge ha derogato al codice per quanto riguarda il compratore e tutti coloro che acquistano la proprietà mediante convenzione ed *atti*; ma non per ciò che concerne il possessore che acquista la proprietà con un fatto. La pubblicità mediante la trascrizione era impossibile in questo caso, e la legge non può esigere l'impossibile. Si dirà che ne risulta un'anomalia? Un compratore, quantunque proprietario rispetto al venditore, non diviene proprietario a riguardo del terzo se non colla trascrizione, mentre un semplice possessore, senza titolo nè buona fede, diviene proprietario a riguardo di tutti per solo fatto del suo possesso continuato trent'anni. L'anomalia si spiega benissimo. Perchè il possesso conduca alla prescrizione, deve riunire i caratteri richiesti dalla legge. Ora, uno di questi caratteri è la pubblicità. Un possesso pubblico per trent'anni offre certamente ai terzi le stesse garanzie della trascrizione sui registri del conservatore. La legge ha dunque potuto, senza essere inconseguente, mantenere il principio del codice sull'effetto della proprietà acquistata col possesso, e doveva farlo, a meno d'abolire la prescrizione. Ora la prescrizione è fondata sopra un interesse generale più grande ancora di quello che i

terzi hanno a conoscere i trasferimenti della proprietà immobiliare. Diremo quale sia questo potente interesse al titolo che è la sede della materia.

34. Vi sono anche altri fatti che la legge pone fra i modi d'acquistare la proprietà. Tale è l'accessione immobiliare, per esempio, l'alluvione. Esso è un fatto della natura, e va da sè che colui il quale acquista le accessioni o gli accrescimenti formati dall'azione delle acque ne diviene proprietario a riguardo di tutti, senza che vi sia luogo alla pubblicità di questo modo d'acquisto della proprietà. Non si trascrive un fatto della natura: l'art. 1.° della legge ipotecaria è quindi inapplicabile, e, per conseguenza, si resta sotto l'impero del codice civile, secondo il quale colui che diviene proprietario lo diviene a riguardo di tutti.

35. Si debbono porre tra i fatti che non vanno resi pubblici le condizioni sia sospensive, sia risolutive? (1). Bisogna distinguere. L'adempimento della condizione è un fatto che non ha bisogno di essere reso pubblico, ma la convenzione conchiusa sotto condizione è soggetta alla pubblicità se è traslativa o dichiarativa di diritti reali immobiliari. I contratti condizionali devono essere trascritti al pari dei contratti puri e semplici. Infatti, la legge dice *tutti gli atti* traslativi o dichiarativi. Ora, un contratto sotto condizione è traslativo di proprietà. Ciò è evidente quando la condizione è risolutiva: questa non toglie che il contratto sia puro e semplice; soltanto la risoluzione è condizionale. La condizione sospensiva sospende il trasferimento della proprietà, ma il contratto non è per ciò meno traslativo di proprietà; il che basta perchè cada sotto l'applicazione dell'art. 1.° La proprietà sarà trasferita a partire dal giorno in cui il contratto ha ricevuto la sua perfezione col concorso di consenso, poichè la condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno nel quale l'obbligazione è stata contratta (art. 1179). I terzi hanno dunque interesse a conoscere il contratto prima che si verifichi la condizione, perchè dal giorno in cui la convenzione è perfetta, il creditore può fare atti di disposizione che saranno validi se la condizione si verifica, e alla sua volta il debitore conserva il diritto di fare atti di proprietà che saranno validi se la convenzione vien meno. Essendo i terzi interessati a conoscere l'atto condizionale, la trascrizione deve farsi secondo il testo e lo spirito della legge (2). I terzi sarebbero interessati anche a che fosse reso pubblico il fatto dell'adempimento della condizione, perchè è questo avvenimento che apprende loro che il contratto si è formato definitivamente. Ma la legge non prescrive tale pubblicità, perchè era impossibile, potendo il fatto essere un fatto

---

(1) MOURLON, *Trattato della trascrizione*, t. I, p. 30, n. 13.

(2) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 23, n. 14. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 221, n. 54.

della natura o qualsiasi altro fatto materiale. È questa una lacuna nella pubblicità legale. Spetta ai terzi, prevenuti dalla pubblicità della trascrizione, informarsi dell'adempimento della condizione.

36. Dal principio che soltanto le convenzioni constatate da atti devono essere rese pubbliche segue ancora che gli acquisti che si fanno in forza della legge non sono soggetti alla trascrizione. La legge non è un fatto, come quelli di cui abbiamo testè parlato, ma gli acquisti che hanno luogo in forza della legge non risultano nè da convenzioni nè da *atti*. Dunque l'articolo 1.° della legge non è applicabile, e conseguentemente si resta sotto l'impero del codice civile che, in generale, non prescrive la pubblicità.

L'immissione nel possesso definitivo dei beni d'un assente attribuisce agli immessi il diritto di disporre di questi beni: essi ne sono proprietarii a riguardo dei terzi. I terzi hanno dunque interesse a conoscere l'immissione, e la legge avrebbe potuto facilmente organizzare la pubblicità in questa materia. Invece, si è contentata della pubblicità che precede l'immissione nel possesso provvisorio. Siccome l'immissione nel possesso definitivo è pronunciata da una sentenza, si potrebbe sostenere che questa sentenza deve essere trascritta in forza dell'art. 2 della legge ipotecaria, la quale prescrive la trascrizione delle sentenze che tengono luogo di convenzione o di titoli per la trasmissione dei diritti reali immobiliari. Diremo più avanti quale sia il valore di questa disposizione, molto mal redatta. Essa riguarda le sentenze che constatano una vendita od una divisione fatta verbalmente. La legge suppone dunque che esista una convenzione traslativa o dichiarativa di proprietà immobiliare, la qual cosa esclude le sentenze che pronunciano l'immissione in possesso dei beni d'un assente. Non si può nemmeno dire che gli immessi diventano proprietarii dei beni, perchè se l'assente ritorna, devono restituirglieli. Dunque l'art. 1.° della legge non è applicabile sotto nessun rapporto. Soltanto la legge avrebbe dovuto prescrivere la pubblicità dell'immissione definitiva, poichè i terzi vi hanno interesse, e la legge ipotecaria avrebbe anche potuto ordinare la trascrizione di queste sentenze, poichè in realtà esse costituiscono il titolo in forza del quale gli immessi posseggono, godono e dispongono dei beni.

Nel caso di divorzio per mutuo consenso, la proprietà della metà dei beni di ciascuno dei due coniugi è acquisita *di pien diritto*, dal giorno della loro prima dichiarazione, ai figli nati dal matrimonio (art. 305). I figli diventano proprietarii in forza della legge, e lo diventano a riguardo di tutti, senza che la legge prescriva alcuna pubblicità di questa trasmissione. Non vi ha dubbio che la legge ipotecaria sia inapplicabile (vol. III, n. 291). È questa una lacuna che sarebbe stata facile colmare. Gli autori del codice civile avevano previsto la difficoltà, ma non l'hanno risolta. Il concetto della pubblicità è estraneo al codice.

Quanto al legislatore belga, esso non ha derogato al codice civile che rispetto ai contratti. Sarebbe stato più logico organizzare un sistema completo di pubblicità, comprendente anche gli acquisti ad opera della legge nei casi in cui si prestano alle formalità della trascrizione.

I genitori hanno il godimento dei beni dei loro figli fino all'età di diciotto anni (art. 384). Questo usufrutto appartiene loro in forza della legge, a prescindere da veruna pubblicità (vol. VI, n. 348). La mancanza di pubblicità presenta pochi inconvenienti nella specie, poichè i terzi sanno che i parenti hanno il godimento dei beni dei figli. L'emancipazione invece avrebbe dovuto essere resa pubblica, poichè pone termine all'usufrutto legale e rende ai figli l'amministrazione e il godimento dei loro beni.

Vi hanno anche servitù legali. Ne riparleremo trattando della trascrizione dei diritti reali immobiliari. Infine vi ha una trasmissione importantissima che si compie in forza della legge, senza pubblicità, cioè le successioni deferite *ab intestato*. Ritorneremo sull'argomento.

37. Non basta che vi sia un *atto* traslativo o dichiarativo di diritti reali per farsi luogo a trascrizione: la legge non prescrive la pubblicità che per i diritti immobiliari. Perchè non ha fatto della pubblicità una regola generale ed assoluta? Il legislatore ha stabilito la pubblicità nell'interesse dei terzi. Chi sono costoro? Anzi tutto gli acquirenti. Ora, questi non sono interessati a che gli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari siano trascritti. Basta il possesso per la garanzia dei loro diritti, purchè siano in buona fede. Essi possono respingere qualunque azione reale fosse intentata contro di loro, opponendo agli attori la massima che in fatto di mobili il possesso val titolo (art. 2279) (1).

La pubblicità è prescritta anche nell'interesse dei terzi creditori. Quando si tratta della proprietà immobiliare, vi hanno creditori fortemente interessati a che le transazioni immobiliari siano rese pubbliche, sono i creditori ipotecarii. Il legislatore, ordinando la trascrizione, si è preoccupato specialmente di loro. Questo interesse non esiste per le transazioni mobiliari, poichè, nel nostro diritto, i mobili non possono essere ipotecati. Rimangono i creditori chirografarii. Essi hanno per garanzia i mobili del debitore, e ve ne sono di quelli che contrattano sulla fede di questa garanzia. Essi sarebbero dunque interessati alla pubblicità degli atti coi quali il debitore diminuisce il suo patrimonio e la sua solvibilità. Perchè il legislatore belga, che si è preoccupato dell'interesse dei creditori chirografarii, non ha generalizzato la garanzia che offre la pubblicità, estendendola agli atti traslativi di diritti reali immobiliari? Constatiamo anzitutto

---

(1) Relazione della commissione del Senato (PARENT, p. 395).

che la clandestinità è un sistema generale in questa materia. Il codice civile prescrive la pubblicità dei privilegi immobiliari, mentre i privilegi mobiliari non devono essere resi pubblici. La nostra legislazione ha dunque due principii affatto contrarii in questa materia: pubblicità delle transazioni immobiliari e clandestinità delle transazioni mobiliari. Quale è la ragione di questa differenza? Riparleremo della clandestinità dei privilegi mobiliari. Quanto agli atti traslativi o dichiarativi di proprietà mobiliare, sarebbe stato difficile ordinarne la pubblicità. Si tratta della pubblicità degli *atti* che constatano le alienazioni. Ora, la trasmissione dei mobili ha luogo manualmente, senza atti. Per organizzare la pubblicità, la legge avrebbe dovuto far violenza alle abitudini ed ai bisogni del commercio. È dell'essenza delle transazioni mobiliari d'esser compiute rapidamente e senza la solennità d'uno scritto. Si sarebbero intralciate le relazioni civili costringendo le parti a redigere un atto delle loro convenzioni per attribuir loro effetto a riguardo dei terzi. Ora, l'interesse della rapida circolazione dei valori mobiliari è maggiore di quello dei creditori chirografarii che contrattano con una persona sulla fede della sua ricchezza mobiliare.

38. Le applicazioni di questo principio sono numerose. Ve ne hanno che non soffrono alcun dubbio. Tale è il trapasso d'azioni o di quote nelle società finanziarie, commerciali o industriali. La legge le dichiara mobili (art. 529). Quanto alle difficoltà che presenta questa disposizione, le abbiamo esaminate altrove.

V'hanno applicazioni più o meno dubbie che abbiamo incontrate di già. Le costruzioni fatte da un superficiario sono immobili e, per conseguenza, gli atti traslativi di queste costruzioni devono essere trascritti (vol. V, n. 414).

Che dovrà dirsi delle costruzioni fatte da un usufruttuario? Anche questi possiede un diritto reale sulla cosa, ma, a differenza del superficiario, non ha che un diritto di godimento, e, per principio, deve godere come il proprietario. Egli non può dunque alterare lo stato dei luoghi facendo costruzioni. Se ne fa, che diverranno esse alla fine dell'usufrutto? La questione è molto controversa. Noi abbiamo insegnato che il solo diritto del proprietario è di domandare che l'usufruttuario gli restituisca le cose nello stato in cui si trovavano all'apertura dell'usufrutto, e che, alla sua volta, l'usufruttuario ha diritto di togliere i materiali (vol. VI, n. 490). Non si deve conchiudere da ciò che la vendita di queste costruzioni cui l'usufruttuario addivenga è una vendita mobiliare? Trattasi, in realtà, della cessione dell'indennità cui l'usufruttuario avrà diritto se il proprietario vuol conservare le sue costruzioni. Durante l'usufrutto, l'acquirente non ha che un diritto di godimento, analogo a quello del conduttore. La vendita non è dunque un atto traslativo di diritti reali immobiliari, e perciò non deve essere trascritta. Secondo l'opinione la quale ammette che le costruzioni dell'usufruttuario diventano proprietà del nudo proprietario, ed ancora senza indennità, si insegna na-

turalmente che costituiscono un diritto reale immobiliare, la qual cosa rende loro applicabile la formalità della trascrizione (1).

Le costruzioni fatte da un conduttore costituiscono un diritto immobiliare durante la locazione? Anche questo punto è molto controverso. Noi l'abbiamo esaminato altrove (vol. V, nn. 415 e 416). Secondo la nostra opinione, il diritto del conduttore non è mai che un diritto mobiliare: donde segue che la vendita delle costruzioni è mobiliare, e quindi non soggetta alla trascrizione. Secondo l'opinione che considera il diritto del conduttore come immobiliare, la vendita è immobiliare e deve, per conseguenza, essere trascritta (vol. V, n. 417) (2).

Le costruzioni fatte su fondi che appartengono al demanio pubblico sono immobiliari, e cadono sotto l'applicazione della legge del 1851? Abbiamo esaminato la questione altrove (vol. V, n. 418).

Vi è un'altra specie di proprietà, quella sulle miniere, che dà luogo a difficoltà gravissime. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Divisione dei beni* (vol. V, nn. 406 e 427) (3).

39. L'art. 1.° della nostra legge ipotecaria contiene un'altra restrizione della più alta importanza. Esso assoggetta alla trascrizione gli *atti tra vivi* che trasferiscono o dichiarano diritti reali immobiliari. Così gli acquisti per causa di morte non devono essere resi pubblici. Tali sono le successioni e i testamenti.

Perchè la legge non ha esteso alle successioni il principio di pubblicità, che, per sua natura, è universale? Si comprende che non vi siano sottoposte le trasmissioni mobiliari (n. 37), ma, quando si tratta di successioni immobiliari, pare che i pubblici registri dovrebbero far conoscere ai terzi se la persona con la quale essi trattano possiede quegli immobili come erede. Infatti, i terzi sono interessati ad assicurarsi se il possessore di un immobile ne è il proprietario, e quindi bisogna ch'essi conoscano i suoi titoli. S'egli possiede come erede, non sarà proprietario se non lo era il suo autore, e quindi fa d'uopo che i terzi sappiano chi è questo autore, e se egli stesso aveva la proprietà degli immobili che ha trasmessi al suo successore. Risalendo così da un titolo all'altro i terzi acquisteranno la prova che il possessore attuale è proprietario, almeno agli effetti della prescrizione. Ora, la prescrizione è, in sostanza, la sola prova che assicuri i diritti del possessore e di coloro che contrattano con lui. Ed importa a costoro conoscere se il possessore ha

(1) **Mourlon**, *Della trascrizione*, t. I, p. 22, n. 13. **Flandin**, *Della trascrizione*, t. I, p. 23, n. 32.

(2) Cfr., in senso diverso, **Mourlon**, *Della trascrizione*, t. I, p. 22, n. 13. **Duernet**, *Studii sulla legge della trascrizione*, n. VI. **Flandin**, *Della trascrizione*, t. I, p. 23, n. 32.

(3) Cfr. **Mourlon**, *Della trascrizione*, t. I, p. 21, n. 12. **Flandin**, *Della trascrizione*, t. I, p. 32, nn. 42-53.

acquistato i beni come erede, poichè, a questo titolo, il possesso del di lui autore si congiunge necessariamente col suo. L'interesse dei terzi ad aver notizia della trasmissione che avviene mediante l'eredità non potrebbe dunque essere contestato. Resta a vedere perchè, malgrado questo interesse, la legge non abbia prescritto la pubblicità dell'acquisto degli immobili per successione.

Vi ha un primo ostacolo, ed invincibile, cioè che la trasmissione s'opera senza un atto, vale a dire senza un fatto giuridico dell'erede, pel solo effetto della legge. Ora, laddove non vi è atto la trascrizione diviene impossibile. È in questo senso che bisogna intendere ciò che gli autori delle nuove leggi hanno detto, in Francia e nel Belgio, per giustificare la lacuna che presenta la pubblicità della situazione immobiliare dei proprietarii fondiarii. I pubblici registri, si dice, la constatano. Ora questi registri non contengono alcuna menzione dell'acquisto più importante, l'unico spesso che il possessore abbia fatto, degli immobili che raccolse a titolo d'erede. Si risponde che è impossibile far dipendere la trasmissione ereditaria dei beni dalle formalità d'una trascrizione, senza attentare al principio che *le mort saisit le vif* (1). In realtà, questo principio non ha nulla di comune colla trascrizione. Esso riguarda la trasmissione del *possesso*, che si ritiene fatta dal morente al suo erede, e la trascrizione è estranea al *possesso*, avendo per oggetto la pubblicità degli atti che trasmettono la *proprietà*. Vacue verbosità sono adunque queste frasi che si leggono in un autore il quale troppo sovente sostituisce la fraseologia al ragionamento: « La successione è sempre stata considerata in Francia come operante una devoluzione di pien diritto, e la massima *le mort saisit le vif* è una delle regole più essenziali della nostra giurisprudenza. Si dovrà *retrocedere fino al medio evo germanico* per sottoporre all'investitura il successore *ab intestato*? Si dovrà togliere alla giurisprudenza francese una delle sue più *preziose libertà* e infrangere quella catena delle generazioni che si succedono le une alle altre, come se non formassero che un sol tutto domestico? » (2). Che cosa ha a che fare la libertà in una questione in cui si tratta d'apprendere ai terzi la figliazione della proprietà? E in che la pubblicità avrebbe rotto la *catena delle generazioni*? Se la pubblicità fosse possibile, il legislatore avrebbe dovuta prescriverla, per completare il registro delle trascrizioni, che avrebbe così presentato la situazione esatta di tutte le proprietà fondiarie. Anzichè retrocedere, il legislatore avrebbe esteso e generalizzato la sua riforma. Se non l'ha fatto, è perchè era impossibile applicare il sistema della trascrizione alla trasmissione dei beni per via ereditaria. Infatti, la trascrizione suppone un atto che il conservatore ricopia.

---

(1) Relazione della commissione speciale belga (PARENT, p. 9).
(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 205, n. 36.

Dove è mai quest'atto in materia di successione? Non ve n'ha alcuno. Sono la legge, il sangue, che trasmettono i beni del defunto a colui che vi è chiamato dal suo grado di parentela. Non vi ha qui alcuna base sulla quale si possa impiantare una trascrizione. Il legislatore avrebbe dovuto contentarsi d'una dichiarazione del successibile, ma una simile dichiarazione, come dice benissimo la commissione belga, non avrebbe costituito in favore del successibile stesso un titolo contro il vero erede. Il legislatore ha dovuto arrestarsi davanti all'impossibile.

40. Tuttavia nel Belgio e in Francia si è compreso quanto sarebbe utile ai terzi conoscere il fatto della trasmissione di determinati immobili a determinati eredi. Interesse di curiosità, dice Troplong. La commissione belga ha risposto anticipatamente a questa frivola obbiezione. « Essa ha pensato, dice la relazione, che un pubblico registro il quale facesse conoscere ai terzi i cambiamenti effettuatisi per morte presenterebbe un certo grado d'utilità, dando il mezzo di risalire a conoscere tutti i proprietarii successivi d'uno stesso fondo. Per raggiungere questo scopo, basterebbe indicare nelle dichiarazioni di successione gli immobili colle sezioni e coi numeri sotto i quali figurano nella mappa catastale e prescrivere ai conservatori di tenere, indipendentemente dai registri attuali, un registro sul quale fossero trascritte le dichiarazioni di successioni relative agli immobili situati nelle loro rispettive circoscrizioni, e di cui i ricevitori delle tasse ereditarie sarebbero tenuti a trasmetter loro una copia ». Se la commissione non formulò questa proposta in articolo di legge, è perchè pensava che la misura, essendo puramente amministrativa, avrebbe trovato miglior posto in una legge sulle tasse di successione.

La commissione del 1849, istituita in Francia dal guardasigilli, ha fatto la stessa proposta, e la formulò nel suo progetto. Si legge nella relazione di questa commissione: « La convinzione che, senza la pubblicità di tutti i trapassi, di tutte le costituzioni di proprietà immobiliari, da qualunque fonte venissero non si poteva contare sul vero sviluppo del credito, ci avrebbe indotti ad estendere l'obbligazione della trascrizione fino alle successioni *ab intestato*, se fosse stato possibile, ma il primo elemento di questa formalità ci mancava. Non abbiamo un atto da assoggettare alla trascrizione. La natura delle cose si è mostrata qui più forte della logica, e noi abbiamo dovuto rinunciare a spingerne fin là le conseguenze. Ma abbiamo voluto cominciare ad aprire la via ad una universale pubblicità, imponendo ai ricevitori del registro, ai quali devono esser presentate le dichiarazioni di successione, l'obbligo di far conoscere immediatamente i cambiamenti avvenuti per poter farne menzione sui registri delle trascrizioni. Non sarà senza dubbio che un'informazione alla quale non si potranno attribuire, rispetto ai terzi, gli effetti legali della trascrizione, ma questa informazione potrà loro essere utile, e ciò basta per esigerne la menzione

sui registri dei conservatori e sugli stati che saranno richiesti a questi ultimi » (1).

Tali proposte non ebbero seguito nè in Francia nè nel Belgio. Pare che quello che impedì, presso di noi, al Governo di darvi corso, siano state le difficoltà d'esecuzione e l'inconveniente d'imbarazzare con nuove scritture gli archivii già troppo ingombri dalla conservazione delle ipoteche (2). Semplici difficoltà di fatto non avrebbero dovuto arrestare l'esecuzione d'una misura che avrebbe completato la pubblicità, alla quale il credito pubblico è così essenzialmente interessato.

41. Anche i testamenti sono atti per causa di morte, e conseguentemente dispensati dalla trascrizione. Quali ne sono le ragioni? È una nuova eccezione al principio della pubblicità ed una novella lacuna. Ne risulta che i registri del conservatore non menzionano alcuna trasmissione ereditaria; di modo che non fanno conoscere la trasmissione più importante e più usuale, poichè ha luogo necessariamente alla morte di ogni proprietario. Non si può dire dei testamenti quanto abbiamo detto delle successioni *ab intestato* che la loro pubblicità è impossibile, perchè non vi ha testamento senza un atto, e, in realtà, talune consuetudini di pegno prescrivevano i doveri di legge per la successione testamentaria. Vi ha di più. Il codice stesso prescrive la pubblicità delle sostituzioni fidecommissarie lecite, sia che si facciano per atto di ultima volontà, sia che si facciano per donazione tra vivi. L'art. 1069 stabilisce: « Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, coll'onere della restituzione, dovranno rendersi pubbliche, quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo dove sono situati, e quanto alle somme impiegate sui beni immobili con privilegio, mediante l'inscrizione sui beni affetti dal privilegio ». Ecco un'anomalia, e l'anomalia è tale che bisogna domandarsi se questa disposizione non sia stata abrogata dalla legge ipotecaria. Sta il principio che la legge ipotecaria non deroga al codice civile, salvo che il titolo delle *Ipoteche* è sostituito dalla nuova legge. Tuttavia questo principio non è assoluto, come vedremo trattando delle donazioni. Quello che ci induce ad ammettere che la legge ipotecaria non abroga l'art. 1069 è che questa disposizione appartiene ad una materia affatto speciale, ed è stata introdotta per motivi tutto particolari. Rimandiamo, su questo punto, a quanto si è detto sulle sostituzioni fidecommissarie. È dunque un'eccezione al diritto comune, e, a questo titolo, può sussistere a fianco del diritto comune. L'art. 1069 è eccezionale anche sotto un altro rapporto. Per regola generale, la trasmissione dei valori mobiliari non è soggetta alla pubblicità, mentre l'art. 1069 pre-

---

(1) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 9, n. 13.
(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 32, n. 14.

scrive la pubblicità dei capitali garantiti da un privilegio. Questa nuova eccezione conferma quanto abbiamo detto, cioè che la materia delle sostituzioni è affatto speciale, e che, per conseguenza, le eccezioni che vi si trovano possono coesistere colla regola stabilita dalla legge ipotecaria. È l'applicazione del principio che una legge generale posteriore ad una legge speciale non deroga a questa (1).

42. Ad ogni modo, essendo la pubblicità consacrata dal codice civile per i testamenti in materia di sostituzione, è altrettanto più difficile spiegare la regola contraria ammessa dagli autori della nostra legge ipotecaria. La commissione del senato ha motivato come segue l'eccezione che la nuova legge fa al principio di pubblicità per quanto riguarda i testamenti (2). Essa distingue fra i legatarii che hanno il possesso e coloro che devono domandare la consegna. I legatarii in possesso sono completamente equiparati agli eredi legittimi. Se non si è prescritta la pubblicità per la trasmissione dei beni *ab intestato*, in forza del principio del possesso, si deve, per identico motivo, estendere la stessa eccezione ai legatarii universali che hanno il possesso. Questa prima ragione non è concludente. Non è tanto in causa del possesso che si sono dispensate le successioni *ab intestato* dalla trascrizione quanto in causa dell'impossibilità di prescrivere la trascrizione allorchè manca un *atto* da trascrivere (n. 39). Bisogna dunque lasciar da parte il possesso. La commissione del senato non si è dissimulata che la clandestinità presentava grandi inconvenienti. Essa compromette i diritti dei terzi. Se l'erede legittimo o il legatario universale in possesso dispone di un bene legato, vende la cosa altrui. La vendita è nulla; il legatario può rivendicare e il terzo acquirente si troverà evitto senza che abbia potuto conoscere l'esistenza del legato. Per contro, la necessità di rendere pubbliche le disposizioni testamentarie avrebbe compromesso i diritti dei legatarii. Vi è, sotto il rapporto della pubblicità, una gran differenza fra il legatario e l'acquirente tra vivi, compratore o donatario. Questi è parte nel contratto; sa che, se non trascrive, non sarà proprietario a riguardo dei terzi. I suoi interessi sono garantiti per ciò solo ch'egli è in grado di tutelarli. Non così del legatario. Costui può ignorare, e ignora sovente, l'esistenza del testamento. L'erede che trova l'atto fra le carte del defunto tarda a farlo conoscere e dispone, intanto, dei beni legati. Se si ammette come principio che il legatario non diviene proprietario a riguardo dei terzi se non colla trascrizione, egli non avrà alcuna azione contro i terzi acquirenti dei beni che gli appartengono, e la sua azione contro gli eredi può essere inefficace, se questi sono insolvibili. Il sistema della pubblicità condurrebbe dunque a

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 33, n. 15.
(2) Rapporto della commissione del Senato (PARENT, p. 395).

spogliare il legatario, senza che gli fosse possibile conservare i suoi diritti. La considerazione è grave, ma non decisiva. Infatti, s'invoca un caso eccezionale, che si presenterà raramente, per derogare al principio di pubblicità che è d'interesse generale.

La commissione del senato soggiunge che gli interessi dei terzi non corrono grande pericolo anche nel sistema della clandestinità, perchè la giurisprudenza propende a mantenere gli atti fatti dall'erede apparente quando i terzi sono in buona fede. Ciò sta per la giurisprudenza francese, ma non per quella delle Corti del Belgio, e, secondo noi, hanno ragione i magistrati belghi. Soltanto il vero erede è proprietario. Egli può dunque rivendicare i beni che gli appartengono contro i terzi ai quali l'erede apparente li ha venduti. È lo stesso della concessione dei diritti reali. Ne risulta che le azioni di petizione d'eredità turbano le relazioni civili. È uno dei motivi che avevano indotto la commissione francese a proporre la pubblicità per i testamenti, ma la proposta non venne ammessa (1).

43. Il sistema di pubblicità mediante la trascrizione non si applica che agli atti traslativi e dichiarativi di diritti reali immobiliari e a certe locazioni. Vi sono altri atti che interessano i terzi e di cui il legislatore non ha prescritto la pubblicità. Tale è l'anticresi. La legge francese la assoggetta alla trascrizione; la nostra tace. Abbiamo detto altrove che l'anticresi non è un diritto reale immobiliare, ma un semplice diritto di credito che il creditore anticretico non può opporre ai terzi. Era quindi inutile renderla pubblica.

L'istituzione contrattuale deve essere trascritta? Esamineremo fra breve la questione. La negativa è generalmente ammessa. Eppure vi hanno terzi che avrebbero interesse alla pubblicità, cioè i terzi donatarii. Il legislatore non ha considerato ciò come sufficiente? Od è per dimenticanza che non ha parlato della donazione dei beni futuri? Ad ogni modo in questa materia la pubblicità era facilissima ad organizzarsi, poichè esiste un atto autentico.

Quando un credito ipotecario viene estinto col pagamento o in qualsivoglia altro modo legale, anche l'ipoteca rimane estinta. I terzi che trattano col creditore il cui diritto è estinto sarebbero interessati a conoscere l'estinzione del credito e dell'ipoteca. Diremo più avanti perchè il legislatore non ha prescritto la pubblicità della liberazione e come abbia provveduto agli interessi dei terzi cessionarii.

La cessione di beni non è traslativa di proprietà, e quindi non va soggetta alla trascrizione quand'anche comprendesse degli immobili. Tuttavia sarebbe stato utile ai terzi conoscere la ces-

---

(1) PARENT, p. 395. Cfr. la relazione fatta al corpo legislativo da DE BELLEYME (TROPLONG, p. 31 e seg.). MOURLON, t. I, p. 7 e seg.

stione deve dunque essere esaminata esclusivamente secondo la nuova legge.

L'art. 1.° della legge belga prescrive la trascrizione di tutti gli atti tra vivi a titolo gratuito, *traslativi* di diritti reali immobiliari. Dunque, la condizione essenziale perchè un atto debba essere trascritto è che sia traslativo di proprietà. La questione concernente la trascrizione dell'istituzione contrattuale si riduce quindi a sapere se la donazione di beni futuri sia traslativa di proprietà. Essa trasmette al donatario la qualità d'erede contrattuale; il donante non può più spogliarlo di questo diritto, ma non è una trasmissione di diritti reali immobiliari, quand'anche vi fossero immobili nel patrimonio del donante. Il diritto dell'istituito in forza dell'istituzione è un diritto ai beni che l'istituente lascerà alla sua morte. Questo diritto, per sè stesso, non è nè mobiliare nè immobiliare; soltanto alla morte del donante l'istituito eserciterà il suo diritto sui beni che il donante lascia. E in che consiste questo diritto? Consiste nell'accettare o rifiutare l'eredità. Questo non è ancora un diritto immobiliare. È soltanto in caso d'accettazione che l'istituito avrà un diritto sui beni, diritto immobiliare o mobiliare, a seconda della natura dei beni che compongono la successione. Così la trasmissione dell'eredità per contratto non cade sotto l'applicazione dell'art. 1.° della legge ipotecaria. Questo è decisivo, perchè, all'atto della donazione, il donatario non acquista alcun diritto sui beni del donante, sia mobili, sia immobili. Il donante conserva la proprietà dei suoi beni presenti e di quelli che acquisterà; egli può disporne liberamente a titolo oneroso, alienarli, ipotecarli. Ne consegue che l'istituzione contrattuale non è *traslativa di diritti reali immobiliari*, il che decide la nostra questione.

Si obbietta che il donante non può più disporre a titolo gratuito dei suoi beni eccetto che per piccole somme a titolo di ricompensa od altrimenti (art. 1083). Se ne conchiude ch'egli non conserva più la proprietà piena ed intiera, e quindi l'aliena almeno parzialmente, per quanto riguarda il diritto di disporre a titolo gratuito; per cui l'art. 1.° è applicabile. Rispondiamo che l'art. 1.° esige un atto traslativo di diritti reali immobiliari, il che comprende o la traslazione della proprietà d'un immobile, o quella d'uno smembramento di questa proprietà. Ma il donante che fa un'istituzione contrattuale trasferisce forse al donatario sia la proprietà di un immobile, sia uno smembramento di questa proprietà? No, e quindi l'art. 1.° della legge è fuori di causa. Quello che si chiama impropriamente atto traslativo non è, in realtà, se non una restrizione che il donante impone quanto al diritto di disporre a titolo gratuito. Tutto ciò che si può conchiuderne si è che la legge, in forza di questa restrizione, e nell'interesse dei terzi che il donante dovrebbe gratificare, avrebbe potuto esigere la pubblicità dell'istituzione contrattuale; ma il legislatore non l'ha fatto. Ora, non basta che un terzo sia interessato alla pubblicità perchè si debba fare la trascrizione; bisogna che esista un atto

traslativo di diritti reali immobiliari. Ma l'istituzione contrattuale non è un atto che trasferisca al donatario un diritto reale immobiliare, e quindi l'art. 1.° della legge è inapplicabile.

50. Rimane una difficoltà. L'istituzione contrattuale non deve essere trascritta al momento in cui si fa, nè durante tutta la vita dell'istituente, poichè fino alla morte del donante non avviene alcuna trasmissione di beni. Ma alla morte del donante l'istituzione contrattuale si apre; il donatario raccoglie i beni che si trovano nell'eredità del donante. Si fa dunque una trasmissione di beni immobiliari, se vi sono immobili. Vi ha luogo a trascrizione? A nostro avviso, no. Non basta che vi sia trasmissione di beni immobiliari perchè l'atto in forza del quale essa si effettua debba essere trascritto, bisogna che l'atto sia tra vivi, ossia che la trasmissione dei beni si faccia tra vivi, poichè l'atto tra vivi deve essere traslativo di proprietà. Ora, l'istituzione contrattuale non è, in questo senso, un atto tra vivi, ma un atto per causa di morte; essa apre una *successione contrattuale*, analoga alla *successione testamentaria*. Vi ha questa sola differenza, che il donatario è erede in forza d'un *contratto*, ma non cessa punto d'essere erede. Ora, la trasmissione per via d'eredità ha luogo in causa di morte, il che ci pare decisivo.

Si obbietta che non si può contestare all'istituzione contrattuale il carattere d'*atto tra vivi*, il che rende applicabile l'articolo 1.° (1). Senza dubbio l'atto che constata l'azione contrattuale è tra vivi, poichè stipulato vivente il donante e il donatario, ma non è alla *scrittura* che bisogna aver riguardo per decidere se l'atto deve essere trascritto, sibbene alla *convenzione* contenuta nell'atto. La pubblicità ordinata dalla legge riguarda la convenzione, il fatto giuridico, non lo scritto. Parlando d'*atti tra vivi*, la legge intende dunque parlare d'una convenzione tra vivi, vale a dire d'una convenzione che trasmette immediatamente la proprietà al creditore e che, per questa ragione, interessa i terzi. Se ne vuole la prova? Stando allo scritto, bisognerebbe dire che anche il testamento è un atto tra vivi, perchè è appunto durante la vita del testatore ch'esso viene steso. Per qual motivo dunque lo si chiama un atto a causa di morte? Perchè non ha effetto che alla morte del testatore. Ebbene, anche l'istituzione contrattuale non opera i suoi effetti che alla morte dell'istituente. Essa è dunque un atto a causa di morte, e quindi non deve essere trascritta.

Senza dubbio vi hanno differenze fra quest'atto a causa di morte e le altre successioni. Se la successione *ab intestato* non fu sottoposta alla trascrizione, ciò avvenne perchè manca una condizione essenziale della pubblicità, un atto da trascrivere. Nell'istituzione contrattuale, al contrario, vi è un atto e un atto autentico, e quindi nulla impediva di assoggettarla alla pubbli-

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 38, n. 19.

paci d'ipoteca. Perchè questa restrizione alla pubblicità, quando la pubblicità, per sua essenza, è universale? La restrizione ci fa conoscere l'intenzione del legislatore; esso non aveva in vista se non l'interesse dei terzi creditori che stipulano una garanzia reale. Ora, è evidente che i creditori ipotecarii non sono interessati a che si rendano pubblici trapassi di beni che non possono essere ipotecati. Ecco perchè il legislatore francese limitò la pubblicità ai beni suscettivi d'ipoteca. Questa restrizione non si trova più nell'art. 1.° della legge belga. Esso non esige che una cosa, che si tratti di diritti reali immobiliari; quali che siano, del resto, questi diritti, possano essere ipotecati o meno. La differenza è caratteristica: essa rivela un altro spirito, una tendenza più larga. La nostra legge ipotecaria prescrive una pubblicità completa tanto per le donazioni quanto per gli atti a titolo oneroso. Come si vuole che una legge la quale ordina la pubblicità di *tutte le donazioni* coesista con una legge che limita la pubblicità a *certe donazioni?* Vi ha incompatibilità fra la legge antica e la nuova, e quindi il codice Napoleone è abrogato dalla legge ipotecaria.

46. Non vi ha alcun dubbio per quanto riguarda la restrizione risultante dalle parole dell'art. 939 « *beni suscettivi d'ipoteca* ». La donazione d'un diritto d'uso o d'abitazione, d'una servitù, deve essere trascritta? No, secondo il codice civile. Sì, secondo la legge del 1851. Il *no* e il *sì* sono incompatibili. Dunque la legge nuova abroga la legge antica. Lo spirito della legge è in armonia col testo. Perchè stabilisce essa una pubblicità più larga? Per far conoscere ai terzi tutti i mutamenti immobiliari che possono interessarli. Ora, un terzo acquirente, anche un terzo creditore ipotecario non hanno interesse a conoscere l'esistenza d'un diritto d'uso al pari che quella d'un diritto d'usufrutto? E si devono lasciare nell'ignoranza della costituzione d'una servitù che diminuisce il valore della cosa? Se questi diritti, quantunque non suscettibili d'ipoteca, fossero costituiti a titolo oneroso, l'atto dovrebbe essere trascritto in forza della legge del 1851, e si dispenserebbe da ogni pubblicità la costituzione di questi stessi diritti a titolo gratuito? Ciò non avrebbe senso. Si vede come la pubblicità ordinata dalla legge del 1851 per gli atti a titolo oneroso doveva reagire sulla pubblicità meno larga che l'art. 939 stabilisce per le donazioni. È quanto dire che la legge belga abroga, in questo punto, il codice Napoleone.

Vi ha una deroga più importante. Il codice Napoleone, al pari della legge di brumaio anno VII, non si preoccupa che d'un solo interesse, di quello, cioè, dei creditori ipotecarii. La pubblicità non è stabilita nell'interesse dei creditori chirografarii, i quali restano sotto l'impero del vecchio principio di clandestinità. È cosa sovranamente illogica. Non si concepisce che la clandestinità coesista colla pubblicità, come non si concepisce che certi creditori approfittino del beneficio della pubblicità ed altri ne siano

privi. Queste distinzioni arbitrarie, illogiche, sono in opposizione col principio della nostra legge ipotecaria. Essa ha voluto garantire tutti gli interessi, e permette a tutti i terzi, anche ai creditori chirografarii, d'invocare la mancanza di pubblicità. Questo punto però è controverso. Vi ritorneremo.

47. Rimane un'ultima difficoltà per quanto riguarda l'abrogazione del codice civile fatta dalla legge ipotecaria. Dopo aver stabilito il principio della pubblicità, il codice civile determina le persone che sono incaricate di chiedere la trascrizione, quando i beni furono trasmessi ad incapaci o a stabilimenti pubblici (art. 939) ; poi indica le persone che possono opporre la mancanza di pubblicità e quelle che non possono invocarla (art. 940 e 941). Queste disposizioni vennero abrogate insieme a quella dell'art. 939, di cui sono una dipendenza? Rispondiamo che la nuova legge abroga l'antico diritto, in quanto stabilisce regole diverse da quelle che la legge del 1851 ha consacrate. Non vi ha più che un diritto sulla trascrizione. Gli articoli 940 e 942, se sono in armonia con questo diritto, restano in vigore, se sono in opposizione col diritto generale, cadono. Tale è il principio. Ritorneremo più avanti sulle difficoltà d'applicazione.

48. Il principio della nostra legislazione è dunque che ogni donazione di diritti reali immobiliari va soggetta alla trascrizione. Questo principio si applica alle donazioni fatte nel contratto di matrimonio? Bisogna distinguere. Non vi ha alcun dubbio quanto alle donazioni di beni presenti. A termini dell'art. 1081 ogni donazione di beni presenti, quantunque fatta nel contratto di matrimonio a favore dei coniugi, è soggetta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo. L'art. 939 era dunque applicabile a queste donazioni, e lo è egualmente l'articolo 1.° della legge ipotecaria, poichè si tratta d'un atto tra vivi a titolo gratuito, traslativo di diritti reali immobiliari. Abbiamo già deciso così al titolo delle *Donazioni* (vol. XV, n. 174). Non vi era alcuna ragione di far eccezione al principio di pubblicità, per ciò che riguarda le donazioni fatte nel contratto di matrimonio. Per quanto esse debbano essere favorite, vi ha un interesse generale meritevole di maggior protezione, quello dei terzi e del credito pubblico.

49. L'istituzione contrattuale va soggetta alla trascrizione? Bisogna anzitutto vedere se essa deve essere trascritta in forza del codice civile, e supponendo che debba esserlo, se il codice civile è mantenuto dalla legge ipotecaria. Abbiamo già risposto a queste quistioni. Al titolo delle *Donazioni* abbiamo stabilito che il codice non prescrive la pubblicità delle istituzioni contrattuali (vol. XV, n. 188). E supponendo anche che queste donazioni fossero sottoposte alla formalità della trascrizione, in forza del codice civile, bisognerebbe ancora escludere il codice, poichè l'art. 939, il solo che ordina la trascrizione in materia di donazioni, fu abrogato dalla legge ipotecaria (n. 44 e seg.). La que-

stione deve dunque essere esaminata esclusivamente secondo la nuova legge.

L'art. 1.° della legge belga prescrive la trascrizione di tutti gli atti tra vivi a titolo gratuito, *traslativi* di diritti reali immobiliari. Dunque, la condizione essenziale perchè un atto debba essere trascritto è che sia traslativo di proprietà. La questione concernente la trascrizione dell'istituzione contrattuale si riduce quindi a sapere se la donazione di beni futuri sia traslativa di proprietà. Essa trasmette al donatario la qualità d'erede contrattuale; il donante non può più spogliarlo di questo diritto, ma non è una trasmissione di diritti reali immobiliari, quand'anche vi fossero immobili nel patrimonio del donante. Il diritto dell'istituito in forza dell'istituzione è un diritto ai beni che l'istituente lascerà alla sua morte. Questo diritto, per sè stesso, non è nè mobiliare nè immobiliare; soltanto alla morte del donante l'istituito eserciterà il suo diritto sui beni che il donante lascia. E in che consiste questo diritto? Consiste nell'accettare o rifiutare l'eredità. Questo non è ancora un diritto immobiliare. È soltanto in caso d'accettazione che l'istituito avrà un diritto sui beni, diritto immobiliare o mobiliare, a seconda della natura dei beni che compongono la successione. Così la trasmissione dell'eredità per contratto non cade sotto l'applicazione dell'art. 1.° della legge ipotecaria. Questo è decisivo, perchè, all'atto della donazione, il donatario non acquista alcun diritto sui beni del donante, sia mobili, sia immobili. Il donante conserva la proprietà dei suoi beni presenti e di quelli che acquisterà; egli può disporne liberamente a titolo oneroso, alienarli, ipotecarli. Ne consegue che l'istituzione contrattuale non è *traslativa di diritti reali immobiliari*, il che decide la nostra questione.

Si obbietta che il donante non può più disporre a titolo gratuito dei suoi beni eccetto che per piccole somme a titolo di ricompensa od altrimenti (art. 1083). Se ne conchiude ch'egli non conserva più la proprietà piena ed intiera, e quindi l'aliena almeno parzialmente, per quanto riguarda il diritto di disporre a titolo gratuito; per cui l'art. 1.° è applicabile. Rispondiamo che l'art. 1.° esige un atto traslativo di diritti reali immobiliari, il che comprende o la traslazione della proprietà d'un immobile, o quella d'uno smembramento di questa proprietà. Ma il donante che fa un'istituzione contrattuale trasferisce forse al donatario sia la proprietà di un immobile, sia uno smembramento di questa proprietà? No, e quindi l'art. 1.° della legge è fuori di causa. Quello che si chiama impropriamente atto traslativo non è, in realtà, se non una restrizione che il donante impone quanto al diritto di disporre a titolo gratuito. Tutto ciò che si può conchiuderne si è che la legge, in forza di questa restrizione, e nell'interesse dei terzi che il donante dovrebbe gratificare, avrebbe potuto esigere la pubblicità dell'istituzione contrattuale; ma il legislatore non l'ha fatto. Ora, non basta che un terzo sia interessato alla pubblicità perchè si debba fare la trascrizione: bisogna che esista un atto

traslativo di diritti reali immobiliari. Ma l'istituzione contrattuale non è un atto che trasferisca al donatario un diritto reale immobiliare, e quindi l'art. 1.° della legge è inapplicabile.

50. Rimane una difficoltà. L'istituzione contrattuale non deve essere trascritta al momento in cui si fa, nè durante tutta la vita dell'istituente, poichè fino alla morte del donante non avviene alcuna trasmissione di beni. Ma alla morte del donante l'istituzione contrattuale si apre; il donatario raccoglie i beni che si trovano nell'eredità del donante. Si fa dunque una trasmissione di beni immobiliari, se vi sono immobili. Vi ha luogo a trascrizione? A nostro avviso, no. Non basta che vi sia trasmissione di beni immobiliari perchè l'atto in forza del quale essa si effettua debba essere trascritto, bisogna che l'atto sia tra vivi, ossia che la trasmissione dei beni si faccia tra vivi, poichè l'atto tra vivi deve essere traslativo di proprietà. Ora, l'istituzione contrattuale non è, in questo senso, un atto tra vivi, ma un atto per causa di morte; essa apre una *successione contrattuale*, analoga alla *successione testamentaria*. Vi ha questa sola differenza, che il donatario è erede in forza d'un *contratto*, ma non cessa punto d'essere erede. Ora, la trasmissione per via d'eredità ha luogo in causa di morte, il che ci pare decisivo.

Si obbietta che non si può contestare all'istituzione contrattuale il carattere d'*atto tra vivi*, il che rende applicabile l'articolo 1.° (1). Senza dubbio l'atto che constata l'azione contrattuale è tra vivi, poichè stipulato vivente il donante e il donatario, ma non è alla *scrittura* che bisogna aver riguardo per decidere se l'atto deve essere trascritto, sibbene alla *convenzione* contenuta nell'atto. La pubblicità ordinata dalla legge riguarda la convenzione, il fatto giuridico, non lo scritto. Parlando d'*atti tra vivi*, la legge intende dunque parlare d'una convenzione tra vivi, vale a dire d'una convenzione che trasmette immediatamente la proprietà al creditore e che, per questa ragione, interessa i terzi. Se ne vuole la prova? Stando allo scritto, bisognerebbe dire che anche il testamento è un atto tra vivi, perchè è appunto durante la vita del testatore ch'esso viene steso. Per qual motivo dunque lo si chiama un atto a causa di morte? Perchè non ha effetto che alla morte del testatore. Ebbene, anche l'istituzione contrattuale non opera i suoi effetti che alla morte dell'istituente. Essa è dunque un atto a causa di morte, e quindi non deve essere trascritta.

Senza dubbio vi hanno differenze fra quest'atto a causa di morte e le altre successioni. Se la successione *ab intestato* non fu sottoposta alla trascrizione, ciò avvenne perchè manca una condizione essenziale della pubblicità, un atto da trascrivere. Nell'istituzione contrattuale, al contrario, vi è un atto e un atto autentico, e quindi nulla impediva di assoggettarla alla pubbli-

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 38, n. 19.

cità. Per i testamenti, vi è un altro motivo che ha indotto il legislatore a non renderli pubblici, l'interesse del legatario. Se costui ignora il testamento, si può obbligarlo a far trascrivere un atto che non conosce? E si dirà che non sarà proprietario a riguardo dei terzi per non aver richiesto la trascrizione di un atto di cui non conosceva l'esistenza? Tale motivo non è applicabile all'istituzione contrattuale. Questa è un contratto; l'instituito vi figura; egli sa che i suoi diritti s'aprono alla morte dell'istituente; nulla gl'impedisce di far trascrivere il suo contratto alla morte del donante, ch'egli di regola conoscerà, perchè è interessato a conoscerla. Il legislatore avrebbe dovuto tener conto di queste differenze che esistono fra la successione contrattuale e le altre due cessioni, e, pur assoggettando queste alla trascrizione, obbligare il donatario a trascrivere l'atto che lo chiama all'eredità. Ma il legislatore lo ha fatto? No. Esso non conosce che due sorta d'atti in questa materia, gli atti tra vivi e gli atti a causa di morte. I primi devono essere trascritti, i secondi non sono soggetti alla trascrizione. Ora, l'istituzione contrattuale non è un atto tra vivi nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria, e quindi non deve essere trascritta. È una lacuna ed una specie d'anomalia, nel sistema della pubblicità, ma non spetta all'interprete correggere la legge (1).

51. Vi ha una istituzione contrattuale modificata, o cumulativa, che comprende ad un tempo i beni presenti e i beni futuri del donante. Questa istituzione deve essere trascritta? Noi abbiamo esaminato la questione dal punto di vista del codice civile (vol. XV n. 260). Quanto alla legge ipotecaria, essa non assoggetta alla trascrizione che le donazioni traslative di diritti reali immobiliari. Ora, l'istituzione cumulativa, quantunque comprenda i beni presenti, non ne trasferisce la proprietà al donatario, e quindi non deve essere trascritta. Soltanto alla morte del donante, il donatario può ritenersi i beni presenti, nel qual caso può rivendicare gli immobili compresi fra questi beni che il donante avesse alienati (art. 1084). Ma per rivendicare bisogna essere proprietario a riguardo di colui contro il quale è proposta l'azione, e secondo la legge ipotecaria, non vi è proprietario a riguardo dei terzi che in forza della trascrizione. Il donatario ha dunque un interesse eventuale a trascrivere l'istituzione cumulativa, pel caso in cui ritenesse i beni presenti. Se il donatario non usa di questo diritto, l'istituzione cumulativa si confonde coll'istituzione contrattuale ordinaria, e si applica, per conseguenza, quanto abbiamo detto (n. 50): non vi sarà luogo a trascrizione.

52. Vi è un'altra donazione di beni futuri, la donazione dell'art. 1086. Una donazione di beni presenti può essere fatta per contratto di matrimonio, sotto condizioni che la rendono revoca-

---

(1) Cfr. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 247, n. 76.

bile, di modo che essa non diviene definitiva che alla morte del donante. In questo caso, la donazione, sebbene cada sui beni presenti, non ne trasferisce la proprietà al donatario (vol. XV, n. 285). Essa non è dunque traslativa di proprietà, e quindi non deve essere trascritta. Si applicano a questa donazione i principii che reggono l'istituzione contrattuale (n. 50).

53. La donazione fra coniugi durante il matrimonio è soggetta alla trascrizione? Se trattasi d'una istituzione contrattuale, la negativa è certa, giusta quanto abbiamo detto (nn. 50-52). Se è una donazione di beni presenti, può essere revocata, ma non è meno traslativa di proprietà, il che rende applicabile l'art. 1.° della legge ipotecaria (vol. XV, n. 319) (1).

N. 2. — Degli atti a titolo oneroso traslativi di proprietà.

I. — Principio.

54. Gli atti a titolo oneroso devono essere trascritti a termini dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria, quando sono traslativi di *diritti reali immobiliari*. Questa espressione generale comprende anche gli smembramenti della proprietà.

Soltanto gli atti traslativi di proprietà *immobiliare* debbono essere trascritti (n. 37). Ma vi sono oggetti mobili che, in diritto, sono considerati come immobili sotto certe condizioni. Il codice considera anzitutto come immobili certi oggetti che hanno piuttosto natura mobiliare. Tali sono i raccolti uniti alle loro radici, i frutti degli alberi non per anco staccati, gli alberi e, per conseguenza, i tagli dei boschi (art. 520-521). La ragione si è che i frutti uniti ai rami od alle radici sono attaccati alla terra di cui formano una dipendenza, e dalla quale traggono il loro nutrimento. Questi oggetti diventano mobili dal momento che sono staccati dalla terra.

Vi sono poi oggetti mobiliari che diventano immobili per incorporazione, come i materiali impiegati nella costruzione di una casa. Il codice considera gli edifici come immobili per loro natura (art. 518). È più esatto dire che i materiali destinati a costruire una casa restano mobili fino a che siano stati impiegati dall'operaio nella costruzione. È dunque colla loro incorporazione al suolo ch'essi diventano immobili. Quando l'edificio è demolito, i materiali provenienti dalla demolizione riprendono la loro qualità di mobili.

Gli oggetti che il proprietario d'un fondo agricolo o industriale vi ha posto per il servizio e la coltivazione di questo fondo sono immobili per destinazione. Cessando questa destinazione, cessa anche l'immobilizzazione. Il codice considera come

---

(1) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 40, n. 20.

immobili per destinazione anche gli effetti mobiliari che il proprietario ha annessi al fondo coll'intenzione che vi rimangano perpetuamente (art. 524). Dipende dal proprietario cambiare questa destinazione e mobilizzare gli immobili. L'intenzione che vi restino perpetuamente cessa quando il proprietario rompe il vincolo che attaccava gli oggetti al suolo.

Si domanda se gli atti traslativi di proprietà di questi oggetti, mobili per loro natura, ma immobili per la loro unione al suolo o per la loro destinazione, debbano essere trascritti. Perchè possa sorgere la questione, bisogna che la vendita di queste cose si faccia separatamente dal suolo di cui costituiscono un accessorio. Se si vendano col suolo, l'immobilizzazione sussiste, e, per conseguenza, la vendita è immobiliare, tanto per gli accessorii immobiliari quanto pel principale; non formando gli accessorii che una cosa sola col principale, il che rende applicabile l'art. 1.° della legge. Non così quando gli oggetti mobiliari immobilizzati si vendano separatamente. In questo caso la vendita è mobiliare. Abbiamo stabilito i principii altrove (vol. XV, n. 425-428), e la loro applicazione non è dubbia. Le vendite d'un raccolto pendente, d'un taglio di boschi, d'una casa per essere demolita, di cose mobili immobilizzate per destinazione sono atti traslativi di proprietà mobiliare, e quindi non devono essere trascritte (1).

55. Il codice considera come immobili, per l'oggetto al quale si applicano, anche le azioni immobiliari. Rimandiamo, per il principio, a quanto si è detto altrove (vol. V, n. 407-495). L'applicazione alla trascrizione non soffre alcun dubbio. L'atto traslativo di un'azione immobiliare deve essere trascritto, in forza dell'art. 1.° della legge ipotecaria. Ritorneremo su questo punto.

56. L'art. 1.° della legge comprende anche i diritti reali immobiliari, ossia gli smembramenti della proprietà immobiliare. Tali sono l'usufrutto e l'uso d'un immobile e le servitù reali. Sono questi i soli diritti reali immobiliari menzionati dall'art. 543. Leggi speciali vennero emanate sull'enfiteusi e la superficie (vol. V, nn. 485 e 595). Tutti questi diritti essendo diritti reali immobiliari, gli atti che li stabiliscono sono atti traslativi, nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria, e quindi devono essere trascritti. Era così già nelle consuetudini di pegno (2). La legge dell'11 brumaio anno VII aveva avuto torto di restringere la necessità della trascrizione ai beni immobili suscettibili d'ipoteca. Il legislatore belga ha consacrato il principio che costituisce per noi una tradizione nazionale. È questo il vero principio. Non può esservi semi-pubblicità. Per sua essenza, la pubblicità è assoluta e generale. I terzi sono interessati a conoscere i diritti che smem-

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 44, n. 28, e p. 46, n. 29. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 14, n. 9.

(2) Vedi più sopra, n. 18.

brano la proprietà dell'immobile ch'essi si propongono di comperare, o che deve servir loro di garanzia. Bisogna, per conseguenza, che questi diritti figurino sui registri del conservatore delle ipoteche, per dare ai terzi che li consultano una esatta conoscenza della condizione dei proprietarii coi quali trattano.

Pare però che l'art. 1.° faccia una restrizione. Esso ordina la trascrizione di *tutti* gli atti traslativi di diritti reali immobiliari, *che non siano privilegi ed ipoteche*. Perchè questa eccezione? Vi ha un'eccezione solo nel senso che la legge non assoggetta i privilegi e le ipoteche alla *trascrizione*, ma stabilisce un altro modo di pubblicità, mediante l'iscrizione. Vi ha un motivo di questa differenza nel modo di pubblicità. Gli atti traslativi di diritti reali immobiliari sono convenzioni che risultano da atti. I terzi hanno interesse a conoscere tutte le clausole di questi atti, i quali debbono quindi essere copiati integralmente sui regi stri. Quanto alle ipoteche ed ai privilegi, la legge stessa determina quello che i terzi sono interessati a sapere. Bisogna dunque che le iscrizioni contengano tutte le menzioni, e, viceversa, queste menzioni bastano. La trascrizione era quindi inutile, e poteva essere insufficiente.

II. — Applicazione.

1. — Della vendita.

57. La vendita è il contratto più comune con cui si trasferisce la proprietà. È sottinteso che l'atto di vendita deve essere trascritto. Tuttavia l'applicazione del principio solleva qualche difficoltà.

Si domanda anzitutto se la promessa di vendita deve essere trascritta. Il codice non parla che della promessa bilaterale di vendita, e decide ch'essa *equivale alla vendita* quando vi è il reciproco consenso delle due parti sulla cosa e sul prezzo. Dire che la *promessa di vendita equivale alla vendita* significa ch'essa è traslativa di proprietà, poichè la vendita non ha altro oggetto, e, a questo titolo, l'atto dovrà essere trascritto. Tuttavia la questione è molto controversa. Vi sono autori, e dei più stimati, Troplong e Marcadé, i quali hanno così bene interpretato, diciamo meglio, torturato l'art. 1580, che sono riusciti a dedurne tutto il contrario di quello che dice. La legge dispone che la promessa di vendita equivale alla vendita, e le si fa dire che la promessa di vendita non equivale alla vendita. Noi rispettiamo il testo, perchè esso ci fa conoscere la volontà certa del legislatore, quando il testo è chiaro come quello dell'art. 1589. La vendita deve essere trascritta, e quindi anche la promessa di vendita, poichè equivale alla vendita (1).

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 287, nota 2, § 209 (IV ediz.). MOURLON, *Della tra*

Riguardo alla promessa unilaterale di vendita, essa non è traslativa di proprietà, e quindi non deve essere trascritta. Anche qui fu sollevata una controversia. La promessa di vendere, si dice, è una vendita condizionale e, poichè la condizione retroagisce, la promessa deve essere trascritta. Come si può confondere una promessa di vendita, convenzione unilaterale, con una vendita condizionale, convenzione bilaterale? Crediamo inutile insistere (1).

58. La vendita alternativa presenta serie difficoltà. Generalmente si insegna che « la vendita di due immobili sotto alter nativa, e la vendita d'un immobile o d'una cosa mobiliare possono e debbono essere trascritte immediatamente », vale a dire prima di ogni opzione e senza distinguere se la scelta spetti al venditore o al compratore. Ma, pur essendo d'accordo sulla necessità della trascrizione, gli autori non consentono intorno ai motivi di decidere, mentre nondimeno è questa la cosa importante in una scienza razionale come il diritto. Quando tre autori insegnano che la vendita alternativa deve essere trascritta, e ciascuno fonda la sua opinione sopra una ragione che gli altri respingono, il loro disaccordo sul motivo deve far dubitare del principio medesimo sul quale il loro consenso non è che apparente (2). Ci si permetterà dunque di esporre i nostri dubbii.

Abbiamo detto altrove che la vendita alternativa non trasferisce la proprietà (vol. XVII, nn. 221 e 222). Non si può dunque dire ch'essa sia un atto traslativo di diritti reali immobiliari, e quindi non deve essere trascritta al momento in cui si conclude. Vi ha un'ipotesi nella quale questo ci pare certo. La convenzione ha per oggetto una cosa o ventimila lire. È un atto traslativo d'un diritto reale immobiliare? Non lo si sa, poichè la natura del diritto alternativo dipende dalla scelta. Se la parte interessata opta per la cosa mobiliare, la convenzione sarà traslativa d'un diritto mobiliare costituente un credito. E si vuole che questa convenzione sia trascritta? Nulla impedisce, si dirà, che, in attesa dell'opzione, l'atto sia trascritto. Noi diciamo che la legge lo impedisce. Infatti essa non assoggetta alla trascrizione che gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Ora, nella specie, non si sa, all'atto della convenzione, quale sia la natura del diritto trasmesso; se cioè un credito di ventimila lire od un immobile. Dunque l'atto non deve essere trascritto, perchè la legge che impone trascrizione è restrittiva per sua essenza. Gli atti che non rientrano nel testo dell'art. 1.° non devono essere trascritti. Ora, egli è certissimo che prima dell'opzione la convenzione alternativa d'una cosa o di ventimila lire non sia un atto traslativo di pro-

---

scrizione, t. I, p. 84, n. 38. In senso contrario, TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 220, nn. 52 e 53.

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 287, nota 3, § 209. Cfr. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 91, n. 39.

(2) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 83, n. 37. FLANDIN, *Della trascrizione*, p. 66, nn. 105 e 106. AUBRY e RAU, t. II, p. 287, nota 3, § 209.

prietà immobiliare. Egli è altrettanto certo che, se la parte interessata opta per le ventimila lire, l'atto non deve figurare sui registri del conservatore. Si dirà che bisogna prevedere anche il caso in cui sarà scelto l'immobile. Allora la convenzione sarà traslativa d'un diritto reale immobiliare e, quindi, soggetta alla trascrizione. Senza dubbio, ma in forza dell'opzione. È dunque soltanto al momento dell'opzione che l'atto sarà traslativo di proprietà immobiliare, e, per conseguenza, la trasmissione deve farsi in quel momento. La legge avrebbe potuto decidere che la trascrizione si facesse dopo la perfezione del contratto, ma non l'ha fatto. L'interprete si trova dunque in presenza d'una disposizione restrittiva che non riceve applicazione alla vendita alternativa d'un mobile o d'un immobile, il che è decisivo.

La questione è più difficile quando la vendita alternativa ha per oggetto due immobili. In questo caso, è certo che la vendita è immobiliare, qualunque sia l'opzione. Si può dunque dire che l'atto cade sotto l'applicazione dell'art. 1.° e che quindi deve essere trascritto. Ma l'applicazione del testo non è così certa come si crede. Se la legge prescrive la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari lo fa nell'interesse dei terzi, e i terzi non vi sono interessati che quando l'atto trasferisce realmente un diritto immobiliare che possa essere loro opposto. Bisogna dunque vedere qual sia l'effetto della vendita alternativa di due immobili. Il compratore acquista la proprietà d'uno di questi immobili in forza del contratto, e può opporre il suo diritto ai terzi? Su questo punto vi ha controversia. Abbiamo già esaminato la questione altrove (vol. XVII, n. 221). Secondo la nostra opinione, il compratore non diviene proprietario, nemmeno condizionale. Egli non ha dunque alcun diritto da opporre ai terzi, e, per conseguenza, non siamo nel testo dell'art. 1.° della legge. Il compratore non essendo proprietario, bisogna decidere che la proprietà dei due immobili resta al venditore. Egli si è, a dir vero, obbligato a trasmettere la proprietà di uno di questi immobili al compratore, ma una obbligazione non genera che un vincolo personale fra il creditore ed il debitore. La vendita alternativa non può dunque essere opposta ai terzi. Se il venditore dopo aver venduto sotto alternativa, aliena entrambi gli immobili, trasferirà la proprietà al compratore. Il primo compratore sotto alternativa non ha che un'azione personale contro il suo venditore; egli non può opporre il suo diritto ai terzi poichè non aveva diritto di sorta. Dunque la trascrizione della vendita alternativa non avrebbe ragion d'essere.

Si obbietta di nuovo che la vendita alternativa di due immobili, operando necessariamente il trasferimento della proprietà d'uno d'essi, deve essere trascritta perchè il compratore sia pro prietario a riguardo dei terzi. E' cosa evidente. La difficoltà sta nel sapere quando debba farsi la trascrizione. Secondo l'opinione generale essa deve farsi al momento del contratto, come per qualunque altra vendita. A che scopo, noi domandiamo? La trascrizione

impedirà al venditore d'alienare? Egli resta proprietario; può dunque alienare, e, alienando, trasferirà la proprietà. Invano si dirà che il venditore si è obbligato a trasmettere uno degli immobili al compratore. La questione sta nel sapere se questa obbligazione può essere opposta ai terzi. Ora, la negativa è certissima. Il compratore non è proprietario, nemmeno a riguardo del venditore, perchè non si può essere proprietario d'una cosa incerta. Ciò non ha senso. Non essendo proprietario a riguardo del venditore, come mai il compratore sarebbe proprietario a riguardo dei terzi? E se non lo è rispetto a costoro, a che servirebbe la trascrizione del suo titolo? La trascrizione suppone che colui il quale trascrive è proprietario, e che vuole assicurare il suo diritto a riguardo dei terzi. Se il compratore non è proprietario, non ha alcun diritto da assicurare, e quindi la trascrizione sarebbe inefficace. Quando sarà proprietario? Quando sarà stata fatta l'opzione. Soltanto allora il compratore è interessato ad opporre il suo diritto ai terzi e, per conseguenza, a trascrivere. La trascrizione deve dunque aver luogo, ma soltanto dopo l'opzione. Di regola il consenso che costituisce l'opzione dovrebbe essere trascritto e, per conseguenza, espresso in un atto. Benchè la legge non preveda la difficoltà, crediamo ch'essa debba essere decisa in questo senso. Infatti, la legge vuole che la convenzione sia trascritta, e trascritta integralmente. Ora, uno degli elementi essenziali della vendita è l'oggetto venduto. La vendita sotto alternativa non fa conoscere questo oggetto. Manca dunque qualche cosa alla perfezione del contratto l'opzione che lo completa. Perciò l'opzione ne è una parte essenziale, e, a questo titolo, deve essere portata a notizia dei terzi.

59. Supponiamo che sia fatta una vendita da un gestor di negozii, sia come venditore, sia come compratore. Questa vendita deve essere trascritta, e la trascrizione avrà gli effetti che la legge ipotecaria vi attribuisce? Preferiamo porre la questione in altri termini. La gestione d'affari è un fatto giuridico così indeterminato che riesce difficile stabilirne i limiti. Che cosa può fare un gestore? Amministra forse gli affari dell'interessato comperando beni per lui? In tal modo non si gerisce il di lui negozio, ma lo si impegna su un affare che non era il suo; si specula. E speculare, prendere l'iniziativa d'un affare estraneo all'interessato si chiama amministrare i suoi affari? Ne dubitiamo. Ma il caso che abbiamo in vista per l'applicazione dell'art. 1.° della legge ipotecaria può presentarsi in altre circostanze. A termini dell'art. 1119, nessuno può obbligarsi in suo proprio nome per un terzo, ma l'art. 1120 soggiunge che può alcuno obbligarsi verso un altro promettendo il fatto d'una terza persona. Si può dunque fare una vendita per un terzo obbligandosi pel compratore o pel venditore. Abbiamo esaminato altrove l'effetto di queste promesse, come pure delle stipulazioni che si fanno per un terzo. Pel momento si tratta di sapere se una vendita nella quale non figurano il venditore o il compratore, nè in per-

sona nè per mezzo di un mandatario, deve essere trascritta, e quale sarà l'effetto della trascrizione.

Vi è un'ipotesi sulla quale si è quasi d'accordo. Un terzo vende in mio nome, ma senza mandato da parte mia. Questa vendita deve essere trascritta? E se il compratore trascrive, ne risulterà che gli atti compiuti dal venditore dopo la trascrizione non potranno essere opposti al compratore? Bisogna vedere quale sia l'effetto di questa vendita. È essa traslativa di proprietà? La negativa è certa. Il venditore non può essere spogliato della sua proprietà da un terzo che vende la cosa del padrone in di lui nome, ma senza il suo consenso. È evidente che senza il consenso del proprietario non vi ha trasferimento di proprietà. Il proprietario conserva dunque tutti i suoi diritti sulla cosa; egli può disporne, e se lo fa, questi atti sono pienamente validi. Quando si formerà la vendita consentita dal terzo in nome del padrone? Bisogna che il padrone ratifichi ciò che è stato fatto in proprio nome. Questa ratifica avrà un effetto retroattivo? Si cita il vecchio adagio che la ratifica equivale al mandato. Ciò può sostenersi fra le parti, sebbene l'adagio sia molto contestabile (vol. XXVIII, n. 74), ma è impossibile che, ratificando la vendita, il padrone spogli i terzi ai quali ha concesso diritti prima della ratifica. Questi diritti sussistono, perchè sono diritti acquisiti (vol. XXVIII, n. 75). La ratifica non può dunque aver effetto che fra le parti contraenti. Ne consegue che la vendita non esisterà a riguardo dei terzi che a partire dalla ratifica, a condizione, ben inteso, che l'atto di vendita e la ratifica siano trascritti, ed è soltanto la trascrizione della ratifica che darà effetto alla vendita a riguardo dei terzi. La trascrizione dell'atto di vendita prima della ratifica è dunque inutile, anzi, stando al rigore dei principii, non può farsi, perchè questa vendita non è traslativa di proprietà, e quindi l'art. 1.° della legge ipotecaria è inapplicabile. L'atto di vendita e la ratifica sono due elementi della convenzione, e devono, per conseguenza, essere resi pubblici simultaneamente (1).

60. Vi ha una seconda ipotesi più difficile. Io vendo un immobile a Pietro, che dichiara di acquistarlo in nome di Paolo, senza aver mandato da parte sua. Anche il compratore deve ratificare ciò che è stato fatto in di lui nome. Si deve conchiuderne che la vendita non esisterà a riguardo dei terzi che a partire da questa ratifica? Tale sarebbe appunto il nostro avviso. Non può esservi vendita senza il consenso del compratore come senza quello del venditore. Ora, il consenso del compratore non si dà, nella specie, che all'atto della ratifica. Questa ratifica può retroagire fra le parti, ma può retroagire a riguardo dei

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 68, n. 32. AUBRY e RAU, t. II, p. 288, nota 6, § 209. Cfr. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 224, n. 55. Vedi il vol. XV dei miei *Principii*, n. 550.

terzi? Qui sta il nodo della difficoltà. Gli autori s'accordano nell'insegnare che la vendita deve essere trascritta e che l'atto trascritto potrà essere opposto ai terzi, ma non s'intendono sui motivi del decidere, che sono l'essenziale. La maggior parte immaginano una condizione che fanno retroagire, ma questa condizione è una pura supposizione. Altri dicono che la vendita è un contratto imperfetto, che vincola il venditore senza vincolare il compratore. Anche questa soluzione è arbitraria. È ben vero che il venditore si obbliga a non disporre della cosa in danno del compratore, ma è una semplice obbligazione, per meglio dire, una semplice offerta, poichè colui al quale è fatta la ignora e non dà il suo consenso che all'atto dell'accettazione. È soltanto in quel momento che si forma il contratto di vendita, e per conseguenza non è che dopo questa ratifica che la vendita esisterà e che dovrà essere trascritta. Ogni trascrizione anteriore sarebbe inefficace, perchè renderebbe pubblica una convenzione che non è stata ancora perfezionata (1).

61. Vi è una terza ipotesi, quella della vendita con dichiarazione di *command*. Si chiama così una vendita nella quale il compratore si riserva la facoltà d'indicare, entro un certo termine, una terza persona, suo *command* o suo *amico*, ch'egli non fa conoscere per il momento, e che assumerà il contratto per suo conto. Se l'acquirente fa la dichiarazione nel tenmine, e se è accettata, si ritiene ch'egli non abbia mai comperato, la proprietà non è mai passata in lui, nè a riguardo dei terzi nè fra le parti. Di qui la necessità della trascrizione della vendita e dell'elezione del *command*. La vendita deve essere trascritta, faccia l'acquirente o non faccia la dichiarazione di *command*. Se non la fa, resta proprietario incommutabile, e, per conseguenza, è soggetto al diritto comune. Egli deve trascrivere per poter opporre il suo atto a coloro ai quali il venditore avesse conferito prima della vendita o conferisse diritti non resi pubblici. Se il compratore fa la dichiarazione di *command*, il vero acquirente prende il suo posto a partire dalla vendita, ed ha lo stesso interesse a che si faccia la trascrizione.

La dichiarazione di *command* deve essere resa pubblica anche perchè il *command* sia proprietario a riguardo dei terzi a partire dalla vendita. Se la dichiarazione è trascritta, potrà esporre il suo atto ai terzi che avessero trattato col compratore in suo nome dopo la trascrizione della vendita. Questa trascrizione avverte i terzi che vi sarà un *command* e deve, per conseguenza, assicurare i diritti del *command* contro i terzi.

L'accettazione del *command* deve essere trascritta? Si potrebbe sostenere che la trascrizione è necessaria, poichè è con questa

---

(1) Cfr., in senso diverso, AUBRY e RAU, t. II, p. 288, nota 5, § 209. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 72, n. 33. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 77, numeri 126 e 127.

accettazione che si forma definitivamente il contratto di vendita a vantaggio del *command*. Se non è resa pubblica, i terzi non possono sapere chi è proprietario, se il *command* o l'acquirente in di lui nome. Ora, la pubblicità è stabilita perchè i terzi conoscano esattamente la situazione immobiliare di colui col quale contrattano. Era questo il primo parere di Mourlon. Egli lo ha cambiato. Si dice che la dichiarazione di *command* non fa che realizzare la condizione sotto la quale è stata fatta la vendita, e le condizioni compiute non sono rese pubbliche. Ma il confronto è perfettamente esatto? L'accettazione del *command* è più che un fatto, è un consenso, e costituisce quindi uno degli elementi del contratto. Ora, tutti questi elementi devono essere portati a notizia dei terzi, altrimenti la pubblicità rimane imperfetta, ed una semipubblicità non raggiunge lo scopo che il legislatore ha avuto in vista ordinando la trascrizione (1).

62. La legge francese del 1855 (art. 1.° n. 4) dispensa dalla trascrizione l'aggiudicazione su licitazione a vantaggio d'un coerede, perchè questa aggiudicazione equivale ad una divisione. Ora, secondo la detta legge, le divisioni non devono essere trascritte. Gli è altrimenti nel nostro diritto. La legge ipotecaria assoggetta alla trascrizione gli atti dichiarativi di diritti reali immobiliari, ogni divisione dunque d'immobili e, per conseguenza, l'aggiudicazione su licitazione, senza che si abbia a distinguere se essa segue tra coeredi o a vantaggio d'un estraneo. Ne deriva che le difficoltà che si presentano nella legislazione francese, in materia di licitazione (2), non si riscontrano sotto l'impero della nostra legge. Sia la licitazione un atto traslativo o dichiarativo, essa deve sempre essere trascritta.

2. — Della dazione in pagamento.

63. La dazione in pagamento è equiparata alla vendita. Vi hanno, è vero, alcune differenze che abbiamo indicato altrove, ma, sotto il rapporto della trascrizione, non ne esiste nessuna. Infatti quello che caratterizza la dazione in pagamento è ch'essa è traslativa di proprietà, e quindi cade direttamente sotto l'applicazione dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria (3).

Il codice civile consacra questa teoria, applicandola alla dazione in pagamento che ha luogo tra coniugi. L'art. 1595 reca che il contratto di *vendita* non può aver luogo fra coniugi se non nei tre casi ch'esso enumera. Ora, in questi tre casi vi ha sempre

---

(1) Cfr. AUBRY e RAU, t. II, p. 288, note 7 e 8, § 209, e gli autori che citano.

(2) Cfr. Cassazione, 29 maggio 1876 (DALLOZ, 1876, 1, 377), e rigetto, 8 marzo 1875 (DALLOZ, 1876, 1, 369).

(3) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 106, n. 175. TROPLONG, *Della trascrizione*. p. 232, n. 64.

dazione in pagamento, e quindi la legge considera la dazione in pagamento come una vendita. Ne consegue che la dazione in pagamento, nei casi in cui la legge l'autorizza fra coniugi, è soggetta alla trascrizione (1). Quali sono le ipotesi in cui, per eccezione, la legge permette fra coniugi il contratto di vendita sotto forma d'una dazione in pagamento? Abbiamo risposto alla domanda al titolo che è la sede della materia.

64. Dopo lo scioglimento del matrimonio, vi ha luogo assai di frequente ad una dazione in pagamento fra coniugi o i loro eredi per pagare le riprese della moglie. La moglie che rinuncia alla comunione perde ogni diritto sui beni comuni, ma conserva il suo diritto alle riprese che le sono dovute. Essa riprende il prezzo non reimpiegato dei suoi immobili alienati, come pure le indennità che possono esserle dovute dalla comunione (art. 14-93) La moglie, per questo titolo, è creditrice d'una somma di denaro. Se riceve in pagamento degli immobili, vi è dazione in pagamento e, per conseguenza, vi ha luogo a trascrizione, quand'anche ricevesse beni della comunione. Infatti, colla sua rinuncia essa ha perduto ogni diritto sui suoi beni, che sono divenuti proprietà esclusiva del marito; donde segue che, se essa consente a ricevere dal marito degli immobili per il pagamento del proprio credito, li prende, non in forza d'un diritto di proprietà, poichè ha cessato d'essere comproprietaria, ma a titolo di dazione in pagamento. La Corte di cassazione ne ha conchiuso, e la cosa non è dubbia, che questa convenzione costituisce una vera vendita e ne ha tutti gli effetti; il che decide la questione della trascrizione (2).

65. Quando la moglie sotto il regime della comunione accetta, essa esercita le sue riprese anzitutto sul denaro contante, poi sui mobili, e sussidiariamente sugli immobili della comunione. In quest'ultimo caso la scelta degli immobili è deferita alla moglie ed ai suoi eredi. La moglie che esercita le sue riprese sugli immobili è un creditore che riceve immobili in pagamento del proprio credito, e deve trascrivere questa convenzione? Diremo più avanti come i prelevamenti che la moglie fa sui beni della comunione sono considerati come una operazione di divisione e devono, a questo titolo, essere trascritti. Secondo la legge francese, che non assoggetta la divisione alla trascrizione, la moglie non è tenuta a trascrivere (3).

La moglie, in caso d'insufficienza della comunione, esercita le sue riprese sui beni personali del marito. Se essa riceve un immobile in pagamento di quanto le è dovuto, vi ha dazione in pagamento, e, per conseguenza, si fa luogo alla trascrizione.

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 290, note 16 e 18, § 209. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 105, n. 46.

(2) Rigetto, 8 febbraio 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 70). AUBRY e RAU, t. II, p. 291, nota 18, § 209.

(3) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 106, n. 47.

3. — **Della permuta.**

66. Le permute d'immobili o di mobili contro immobili sono soggette alla trascrizione, perchè la permuta è un contratto essenzialmente traslativo di proprietà (1). Così quando, durante il matrimonio, uno dei coniugi in comunione riceve un immobile in permuta contro un bene proprio, deve trascrivere l'atto per divenire proprietario a riguardo dei terzi (art. 1407). La legge permette la permuta anche alla moglie dotale sotto le condizioni ch'essa determina (art. 1559). È sottinteso che l'atto va soggetto alla trascrizione.

4. — **Della società.**

67. Se uno dei soci fa un conferimento immobiliare alla società, l'atto che constata questo conferimento deve essere trascritto. Gli autori i quali ammettono generalmente che la società, anche civile, costituisce un ente morale, dicono che il conferimento è un atto traslativo di proprietà, perchè la società ha una personalità distinta, il che rende applicabile l'art. 1.° della nostra legge ipotecaria, giacchè, per effetto del conferimento, vi ha trasmissione della proprietà da una persona all'altra (2). In base a ciò, bisognerebbe dire, secondo l'opinione contraria, che è la nostra, che, non formando la società civile una persona distinta da quella dei soci, non vi è trasferimento di proprietà da una persona all'altra e che, per conseguenza, l'atto di società non deve essere trascritto. Sarebbe un cattivo ragionamento. L'immobile conferito nella società da uno dei soci cessa d'essere sua proprietà esclusiva, per divenire proprietà comune dei soci. Vi ha dunque un cambiamento nella proprietà. Colui che era proprietario esclusivo non è più che comproprietario, e gli altri soci acquistano un diritto di comproprietà che non avevano. L'art. 1845 conferma questa opinione. Esso stabilisce che il socio è responsabile dell'evizione che la società soffre dell'oggetto che egli vi ha conferito, nell'egual modo che il venditore è tenuto per l'evizione a favore del compratore. Così il codice equipara il conferimento ad una vendita, il che è decisivo dal punto di vista della trascrizione (3).

68. Quando uno dei soci cede l'interessenza ch'egli ha in una società il cui attivo comprende degli immobili bisogna distin-

---

(1) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 41, n. 21.

(2) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 41, n. 21. Troplong, *Della trascrizione*, p. 234, n. 63.

(3) Flandin, *Della trascrizione*, t. I, p. 173, n. 266. Aubry e Rau, t. II, p. 291, nota 20, § 209.

guere se si tratti d'una società commerciale o d'una società civile. Quando la società è commerciale, si applica l'art. 529, il quale dispone: « Sono mobili per determinazione della legge le azioni o interessenza nelle società finanziarie, commerciali o industriali, ancorchè appartengano alle società immobili dipendenti da queste imprese. Queste azioni o interessenze sono reputate mobili a riguardo di ogni socio soltanto finchè dura la società ». La conseguenza è evidente per quanto riguarda la trascrizione. Il socio che vende la propria quota in una società commerciale aliena un diritto mobiliare, e quindi non si può parlare di trascrivere l'atto di cessione.

Che dovrà dirsi se un socio cede la sua parte in una società civile il cui attivo comprende degli immobili? Se la vendita si fa ad un estraneo, la soluzione non è dubbia. L'atto dovrà essere trascritto. Infatti, in una società civile l'attivo è proprietà dei soci, poichè la società non costituisce un ente morale. Il socio che vende la propria quota vende dunque il suo diritto sugli immobili che fanno parte dell'attivo sociale, e quindi fa una vendita immobiliare; il che rende necessaria la trascrizione. Sarebbe lo stesso se il socio cedesse la sua parte ad un altro socio. La natura del contratto non cambia a seconda della qualità del compratore. Tuttavia vi è un caso nel quale l'atto non sarebbe più traslativo di proprietà. Se non vi fossero che due soci e l'uno cedesse la sua parte all'altro, la cessione metterebbe fine alla società e terrebbe luogo di divisione. Secondo la nostra legislazione, ciò è indifferente, poichè anche gli atti dichiarativi di proprietà immobiliare sono soggetti alla trascrizione, mentre, secondo la legge francese, la divisione non dovendo essere trascritta, nel caso concreto non vi sarebbe luogo a trascrizione (1).

69. Se l'atto di liquidazione d'una società contenesse un trasferimento di proprietà è sottinteso ch'esso sarebbe soggetto a trascrizione. Secondo la nostra legislazione, vi sarebbe luogo a trascrizione, quand'anche l'atto fosse semplicemente dichiarativo di diritti reali immobiliari.

E' stato giudicato, in forza della legge francese del 1855, che l'atto col quale un coniuge cede all'altro od ai suoi eredi, in caso d'accettazione della comunione da parte della moglie, un immobile suo proprio, e destinato a compensarlo delle sue riprese, è soggetto a trascrizione. Sarebbe lo stesso se il marito cedesse alla moglie, che accetta la comunione, un immobile della medesima per compensarla delle sue riprese. In questo caso si potrebbe sostenere che vi ha divisione, il che dà luogo a controversia in diritto francese (2). Secondo la nostra legge, la trascrizione è sempre necessaria, sia l'atto dichiarativo o traslativo di proprietà immobiliare.

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 291, note 21 e 22, § 209 e gli autori che citano.
(2) Rigetto, 8 marzo 1875 (Dalloz, 1876, 1, 369).

5. — Della transazione.

70. Per principio, la transazione è un atto dichiarativo di proprietà. Le parti contraenti non intendono nè trasmettere nè acquistare diritti; esse prevengono una contestazione o mettono fine ad una lite. Quanto ai beni immobiliari ch'esse tengono o che ricevono, la transazione li attribuisce loro siccome loro appartenenti prima della lite, e quindi esse non acquistano nulla. Pertanto, l'atto non deve essere trascritto come atto traslativo di proprietà immobiliare (1).

Deve essere trascritto come atto dichiarativo? La questione è dubbia. In teoria bisognerebbe decidersi per la trascrizione. I terzi sono interessati a conoscere il risultato della transazione. E' uno degli elementi della condizione immobiliare di colui col quale contrattano. Se la transazione non trasferisce la proprietà, per lo meno la consolida, cosa che i terzi hanno pure interesse di sapere. Ma la questione deve essere risolta secondo il testo. Ora, la legge non assoggetta alla pubblicità tutti gli atti che i terzi avrebbero interesse di conoscere. L'art. 1.° della legge ipotecaria deve dunque essere interpretato restrittivamente (n. 31). Resta a precisare che cosa si deve intendere nell'art. 1.°, per *atti dichiarativi* di diritti reali immobiliari. I lavori preparatorii non lasciano alcun dubbio su questo punto. Il legislatore ha voluto assoggettare alla trascrizione le divisioni. Il testo è dunque estraneo alla transazione. Ciò che toglie ogni dubbio, si è che la legge non ordina la trascrizione di tutte le sentenze. Il legislatore non prescrive la pubblicità se non per le sentenze che trasferiscono la proprietà e per quelle che tengono luogo di titolo. Deve essere lo stesso delle transazioni che tengono luogo di sentenza.

Si potrebbe credere che la transazione è soggetta alla trascrizione perchè implica una rinuncia, ogni transazione contenendo un sacrificio reciproco che le parti fanno per la loro quiete. Ora, la legge assoggetta alla trascrizione le rinuncie a diritti reali immobiliari, il che sembra rendere necessaria la pubblicità delle transazioni. Tuttavia bisogna decidere che le transazioni non devono essere trascritte a titolo di atti di rinuncia. Diciamo più avanti che per atti di rinuncia la legge intende atti che importano una trasmissione di proprietà immobiliare. Ora, la transazione non è, per sua natura, traslativa di proprietà; il che è decisivo (2).

71. Vi hanno casi però in cui la transazione è traslativa di

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 239, n. 69.

(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 241, n. 71. Cfr. il vol. XXVIII dei miei *Principii*, n. 397.

proprietà e in cui, per conseguenza, deve essere trascritta. Lo abbiamo osservato al titolo che è la sede della materia. Se una delle parti abbandona all'altra un immobile sul quale non vi era contestazione, questo abbandono costituisce una trasmissione di proprietà immobiliare, e quindi vi ha luogo alla trascrizione (vol. XXVIII, n. 394).

6. — Del contratto di matrimonio.

72. Il contratto di matrimonio deve essere trascritto quando contiene una trasmissione di proprietà. È questo il diritto comune, e la legge non fa alcuna eccezione alla regola per le convenzioni matrimoniali. Essa le vede con grande favore e, per questo motivo, dispensa dall'accettazione espressa le donazioni che vi son fatte. Ma non vi era alcuna ragione di dispensarle dalla trascrizione, prescritta per un interesse sociale.

73. Vi sono contratti di matrimonio taciti. Tale è la comunione legale. Sotto questo regime, i coniugi mettono in comune la loro sostanza mobiliare presente e futura, ciò che è estraneo alla trascrizione. Essi mettono in comune anche il godimento dei loro beni immobili. È un vero usufrutto, ossia un diritto reale immobiliare? La questione è controversa. Noi crediamo che, in qualunque modo si consideri il godimento della comunione, non vi ha luogo alla trascrizione. Per trascrivere occorre un atto, ma, nella specie, non vi ha alcun atto, e quindi manca la base della trasmissione. Se il legislatore avesse voluto che la trasmissione alla comunione del godimento dei beni proprii fosse resa pubblica, avrebbe dovuto prescrivere un modo di constatare questa trasmissione, vale a dire uno scritto autentico che il conservatore sarebbe stato incaricato di trascrivere. Ma non l'ha fatto, e quindi la trascrizione diviene impossibile; il che tronca la difficoltà.

74. Essa si ripresenta nella comunione d'acquisti, sotto il regime d'esclusione della comunione e sotto il regime dotale. La soluzione dipende dal punto di sapere se il godimento della comunione o del marito sia un diritto reale immobiliare. Si ammette generalmente che, sotto il regime dotale, il marito è un vero usufruttuario, e si insegna che il contratto di matrimonio deve essere trascritto quando la costituzione di dote è fatta a titolo particolare. Se è a titolo universale, si decide che la trascrizione non dev'essere fatta, perchè il marito non vi ha alcun interesse, e non vi è interessato, perchè, essendo usufruttuario universale della dote, è tenuto a tutti i debiti anteriori della moglie, e quindi anche alla garanzia se evincesse un acquirente che non avesse trascritto. Per la stessa ragione si decide che non vi ha luogo a trascrizione sotto i due altri regimi in cui

il marito è usufruttuario di tutti i beni della moglie (1). Vi sarebbero molte cose da obbiettare a questa argomentazione. Ci limitiamo ad un motivo di decidere che ci pare perentorio. Il contratto di matrimonio è o non è traslativo di un diritto reale immobiliare? Se sì, la trascrizione dev'essere fatta, quand'anche il marito non vi avesse alcun interesse, nel senso che la legge la prescrive, perchè il marito possa opporre il suo diritto ai terzi, salvo a vedere poi quale sia l'obbligazione del marito a riguardo di costoro. Se l'atto non è traslativo di un diritto reale immobiliare, il marito non è tenuto a trascrivere, quand'anche i terzi e, per conseguenza, il marito vi fossero interessati. In altri termini, l'interesse è una questione di fatto, che non si può mai decidere in modo assoluto *a priori*. La questione deve dunque essere decisa in diritto, e in diritto non vi è controversia, dal momento che si ammette che il contratto di matrimonio è traslativo di un diritto reale immobiliare. Ora, si è d'accordo su questo punto, quando i coniugi sono maritati sotto il regime dotale, il che è decisivo per gli altri regimi, perchè il godimento del marito è lo stesso, salvo alcune differenze di dettaglio che sono estranee alla difficoltà.

75. Le clausole di mobilizzazione devono essere trascritte? Vi ha una grande divergenza d'opinioni su questo punto (2). Il significato stesso di queste clausole è controverso, come abbiamo detto al titolo del *Contratto di matrimonio*. A nostro avviso, la questione è decisa dai testi. Ogni atto traslativo di immobili deve essere trascritto per potersi opporre ai terzi. La difficoltà si riduce dunque a sapere se la mobilizzazione sia traslativa di proprietà. Ora, i testi rispondono alla nostra questione. La legge distingue la mobilizzazione determinata e la mobilizzazione indeterminata. A termini dell'art. 1506, la mobilizzazione è *determinata* quando il coniuge ha dichiarato di mobilizzare e di porre in comunione un dato immobile nella sua totalità, o sino a concorrenza d'una data somma, e l'art. 1507 dispone che la mobilizzazione determinata ha per effetto di rendere gli immobili che vi sono assoggettati beni della comunione come i mobili stessi. Dunque la mobilizzazione determinata è, in entrambi i casi, traslativa di proprietà, il che decide la questione della trascrizione. Si fanno alcune obbiezioni pel caso in cui la mobilizzazione ha luogo fino a concorrenza d'una data somma. Vi abbiamo risposto al titolo del *Contratto di matrimonio* (vol. XXIII, n. 267).

Quanto alla mobilizzazione indeterminata, il codice dice (articolo 1508) ch'essa non rende la comunione proprietaria degli

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 253, nn. 84-88. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 128, nn. 50 e 51. In senso contrario, RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione*, p. 105, nn. 143-146.

(2) Vedi AUBRY e RAU, t. II, p. 292, e note 24 e 25, e gli autori citati.

immobili che vi sono assoggettati. Dunque questa clausola non è traslativa di proprietà, e quindi non può trattarsi di trascriverla. Si obbietta che la detta clausola obbliga il coniuge che l'ha consentita a comprendere nella massa, allo scioglimento della comunione, qualcuno dei suoi immobili, fino a concorrenza della somma da lui promessa. Se questi immobili cadono nella quota dell'altro coniuge o dei suoi eredi, ne risulterà una trasmissione di proprietà. Questa trasmissione non deve essere resa pubblica, in forza della regola generale dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria? L'affermativa è certa. Resta a sapere quale sia l'atto che deve essere reso pubblico. A nostro avviso, è l'atto di divisione, perchè la clausola di mobilizzazione non fa conoscere l'immobile che il coniuge metterà nella massa. Sarebbe più logico stendere un atto separato che constati il conferimento e la trasmissione dell'immobile all'altro coniuge (1).

La comunione universale ha per effetto di mobilizzare tutti gli immobili dei coniugi, e di trasferirne la proprietà alla comunione. Dunque il contratto di matrimonio che stipula questo regime deve essere trascritto (2).

76. Vi ha un altro atto frequente, in materia di comunione, che dà luogo a vive controversie. Il reimpiego è un acquisto di un immobile, fatto con denari provenienti dall'alienazione di un bene proprio di uno dei coniugi, con dichiarazione che questo acquisto è fatto per tenergli luogo del bene proprio venduto. L'acquisto di un immobile è certamente un atto traslativo di proprietà immobiliare, e a questo titolo l'atto deve essere trascritto. Su di ciò non potrebbe cader dubbio, ma vi ha qualche cosa di speciale per quanto riguarda il reimpiego fatto a vantaggio della moglie. A termini dell'articolo 1435, non basta la dichiarazione del marito che l'acquisto sia stato fatto con denari provenienti da un immobile venduto dalla moglie e per rinvestirli a suo vantaggio, se ciò non sia formalmente accettato dalla moglie. Si domanda se l'atto contenente l'accettazione della moglie deve essere trascritto. Le opinioni sono molto divise; il che dipende dall'incertezza che regna nella dottrina sulla natura dell'accettazione della moglie. Noi abbiamo insegnato che bisognava stare alla trascrizione, secondo la quale l'acquisto è fatto dal marito, nella sua qualità d'amministratore legale, vale a dire di mandatario, ma colla restrizione, però, che la legge non gli permette di fare il reimpiego senza il concorso della moglie. Ci troviamo dunque nel caso previsto dall'art. 1998. La moglie mandante non è tenuta a ciò che è stato fatto oltre il suo mandato, se non in quanto lo abbia ratificato, e questa ratifica, secondo l'art. 1435, deve essere formale. Ne consegue che

---

(1) Vedi, su quest'ultimo punto, AUBRY e RAU, t. II, p. 293, e nota 26, e gli autori citati.

(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 293 e nota 27, § 209, e gli autori citati.

non vi ha trasmissione dell'immobile alla moglie se non quando essa ha accettato il reimpiego. Giusta quanto abbiamo detto ci pare che l'accettazione sia parte integrante dell'atto, e quindi soggetta alla trascrizione. L'interesse dei terzi lo esige. Se è trascritto solo l'atto d'acquisto, i terzi non sapranno, dai registri del conservatore, chi è proprietario. Eppure è questa la prima informazione che la trascrizione è destinata a fornir loro. Quando la moglie accetta, si ritiene che abbia comperato; il marito scompare, come il mandatario in presenza del mandante, ma bisogna che esista una prova del mandato. Ora, nella specie, il mandato risulta dalla ratifica, che è equipollente al mandato. Dunque l'accettazione completa l'acquisto, e, per conseguenza, deve esser fatta conoscere ai terzi (1).

N. 3. — Degli atti traslativi di diritti reali immobiliari.

77. Gli smembramenti della proprietà costituiscono, propriamente parlando, i *diritti reali immobiliari* di cui parla l'articolo 1.° della legge. Quando sono stabiliti con atto tra vivi vi ha luogo a trascrizione. È vero che, in questo caso, l'espressione di cui la legge si serve è impropria. Non si dice di colui che costituisce un diritto reale che *trasferisce* questo diritto. Tuttavia, dal punto di vista dei principii, la parola *traslativo* può giustificarsi. Se io costituisco un usufrutto (2), un'enfiteusi (vol. VIII, n. 366), una superficie (vol. VIII, n. 417), una servitù reale (vol. VIII, n. 155), trasmetto al compratore uno smembramento del mio diritto di proprietà, il quale comprende tutti i diritti reali che possono esserne staccati. In questo senso l'atto è *traslativo* e cade sotto l'applicazione letterale dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria.

Abbiamo enumerato i diritti reali che sono uno smembramento della proprietà di un immobile. Bisogna aggiungervi l'uso di un immobile, e il diritto che ha necessariamente per oggetto un immobile. Quanto ai privilegi immobiliari ed alle ipoteche, diremo più avanti che anch'essi sono diritti reali immobiliari, ma la legge ha organizzato una pubblicità speciale per gli atti che li constatano. Si tratta degli atti che costituiscono i privilegi e le ipoteche. Quanto alla trasmissione dei crediti privilegiati e ipotecarii, la legge l'assoggetta egualmente ad una pubblicità speciale (art. 5).

---

(1) Vedi, in senso diverso, MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 133, nn. 58-62. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 203, nn. 299 e 300. AUBRY e RAU, t. II, p. 289, nota 10, § 209.

(2) Abbiamo esaminato, al titolo dell'*Usufrutto*, le difficoltà che si presentano in materia di trascrizione (vol. VI, nn. 347-351).

78. La pubblicità delle servitù dà luogo a qualche difficoltà. Si domanda anzitutto se le servitù apparenti devono essere rese pubbliche colla trascrizione degli atti tra vivi che le costituiscono. Stando al testo, non vi ha alcun dubbio. Queste servitù sono diritti immobiliari, e quindi la legge è applicabile. Secondo il progetto del Governo, quale era stato ammesso dalla commissione e dalla Camera dei rappresentanti, la costituzione delle servitù apparenti non era soggetta alla pubblicità. Queste servitù, diceva la commissione speciale, sono poco dannose per la proprietà, e si manifestano d'altronde con segni che colpiscono gli occhi. A quale scopo rendere pubblici dei pesi che sono pubblici per loro natura? Erano però pessime ragioni. Abbiamo osservato (n. 74) che la considerazione d'interesse è indifferente dal punto di vista del diritto, perchè non si è mai sicuri che non vi sia interesse alla pubblicità quando si tratta di un atto che, per sua natura, interessa i terzi. Il Governo e la Camera dei rappresentanti trovavano che la trascrizione era inutile; il Senato fu d'avviso che era utile, e aveva ragione. Quale è il grande vantaggio della pubblicità? È, da una parte, di mettere l'acquirente di un immobile, come pure i creditori, al coperto dal danno che proverebbero se si potessero opporre loro atti anteriori al loro acquisto e non trascritti. Ora, la servitù apparente può restare occulta finchè non è esercitata. Le apparenze possono anche ingannare. Non vi ha che un mezzo certo d'impedire gli atti occulti, ordinarne una pubblicità legale. Questa pubblicità ha anche il vantaggio di dare ai terzi una conoscenza esatta della condizione immobiliare di colui col quale contrattano. Essi non hanno che a consultare il registro delle trascrizioni. Ma occorre all'uopo che questo registro sia completo. Un registro incompleto induce in errore, perchè i terzi possono credere che non vi siano altri pesi all'infuori di quelli in esso menzionati. Sarebbe un cattivo sistema di pubblicità obbligarli a percorrere i fondi del loro debitore per vedere se non sono gravati di servitù. La commissione del Senato conchiuse che bisognava ordinare la pubblicità delle servitù, quand'anche potesse trovarsi inutile (1). Ecco il vero principio in materia di pubblicità.

79. La commissione del Senato dice, nella sua relazione, che la trascrizione non è evidentemente richiesta per le servitù legali. Ciò è troppo assoluto. L'espressione *servitù legali* indica pesi di natura ben diversa. Secondo la terminologia del codice, bisognerebbe comprendervi anche le servitù che derivano dalla situazione dei luoghi, poichè è certo che i pesi non esistono se non perchè la legge li stabilisce. In questo senso, esse pure sono servitù legali.

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 13, 7.°), e della commissione della Camera dei rappresentanti (PARENT, p. 115). Relazione della commissione del Senato (PARENT, p. 397).

In questo largo senso, le parole *servitù legali* comprendono oneri che non sono servitù, ma piuttosto modificazioni della proprietà che la coesistenza degli uomini nello stato di società rende necessarie. Fin dove devono o possono andare queste restrizioni, senza che ne risulti pel proprietario un diritto ad un'indennità? Questa questione, delicatissima in teoria, è stata decisa dalla nostra legislazione contro i proprietarii. Essi devono subire i pesi che la legge o la natura impone loro, senza alcuna indennità, fuorchè nei casi in cui la legge ne attribuisce loro espressamente il diritto. Ciò significa che la proprietà può essere ristretta senza che ne risulti uno smembramento, un'alienazione parziale. In questo senso, le servitù legali che apportano restrizioni al diritto di proprietà non sono diritti reali immobiliari, e quindi non occorre renderli pubblici. Se il legislatore avesse voluto assoggettarle alla pubblicità, avrebbe dovuto organizzare un modo di constatarle mediante atti, perchè, essendo le servitù legali stabilite dalla legge, manca la base alla trascrizione.

Si può annoverare fra questi pesi legali che restringono la proprietà ciò che si chiama talvolta la servitù d'allineamento, vale a dire i divieti o gli obblighi stabiliti dalle leggi e regolamenti relativi all'allineamento ed alle altezze delle costruzioni. Quando un proprietario è obbligato ad arretrare la facciata di una casa in margine alla via pubblica, la parte del fondo che esso abbandona è riunita alla via e fa quindi parte del demanio pubblico, senza che vi sia luogo a trascrizione. Sarebbe lo stesso anche nel caso in cui l'allineamento dato ad un frontista importasse un'espropriazione per causa di pubblica utilità. Ritorneremo su questo punto (1).

Vi sono servitù legali, stabilite nell'interesse pubblico, che smembrano la proprietà, nel senso che il proprietario non può far nulla sul suo fondo che sia contrario all'interesse sociale, pel quale il peso è stato stabilito. Tale è la servitù di marciapiede, menzionata nell'art. 650. Vi hanno servitù più onerose ancora: sono le militari. Questi pesi esistono in forza della situazione dei fondi; essi sono consacrati dalla legge, senza che questa abbia prescritto la pubblicità, e l'art. 1.° della nostra legge è ancora inapplicabile. Non interviene alcun atto constatante la costituzione di questi pesi; non può nemmeno esservi convenzione relativa ad un peso che è d'interesse pubblico (art. 6). Anche di queste servitù legali bisogna dire, colla commissione del Senato, essere evidente che non sono soggette alla trascrizione.

80. Il codice pone fra le servitù legali anche le obbligazioni alle quali i proprietarii sono soggetti l'uno verso l'altro, indi-

---

(1) Flandin, *Della trascrizione*, t. I, p. 411, n. 415. Aubry e Rau, t. III, p. 7 e nota 1, § 239 *bis*.

pendentemente da ogni convenzione (art. 652). Altrove la legge (art. 1370) chiama quasi-contratti queste obbligazioni formate involontariamente tra vicini. Ai titoli che sono la sede della materia abbiamo detto quali siano i veri principii che reggono queste pretese servitù legali, o questi sedicenti quasi-contratti. Pel momento, noi domandiamo su questi pesi od obblighi dànno luogo a trascrizione. Bisogna porre come principio che se, in occasione di tali fatti giuridici, interviene un atto traslativo di diritti reali immobiliari, deve essere trascritto. La nostra legge è generica; essa non distingue fra i diritti, ed anche lo spirito della legge è generale. Occorrerebbe una disposizione eccezionale per sottrarre alla pubblicità un atto traslativo di proprietà immobiliare. Gli è così dell'acquisto della parte indivisa per convenzione. La cosa è evidente quando l'acquisto è volontario, poichè è la vendita d'una comproprietà immobiliare. È altrettanto certa quando l'acquisto della parte indivisa sia forzato. Non è men vero però che si forma una convenzione e che vi ha un atto traslativo di diritti reali immobiliari (vol. VII, n. 522). Dunque questo atto deve essere trascritto.

A maggior ragione accade così quando due proprietarii, vendendo o dividendo un fondo, riservano una parte accessoria per loro uso comune, per esempio un viale, una stradicciuola, una corte. È la costituzione d'una comproprietà per convenzione. La Corte di cassazione chiama questa proprietà *servitù* reciproca. Essa confonde la proprietà con uno smembramento di questa. Del resto, dal punto di vista della trascrizione, poco importa che sia proprietà o servitù. L'atto che la stabilisce constata sempre una convenzione traslativa di un diritto reale immobiliare, e quindi deve essere trascritto (vol. VII, n. 162).

81. Nuove leggi, emanate in Francia e nel Belgio, hanno stabilito servitù nell'interesse dell'agricoltura, servitù d'acquedotto, servitù di scolo delle acque d'irrigazione, servitù d'appoggio, servitù di scolo in caso d'innondazione e di prosciugamento. Abbiamo detto altrove come si stabiliscano queste servitù (1). Esse sono legali nel senso che la legge le ordina per un interesse generale. I tribunali vi intervengono. Vi hanno dunque atti che constatano la costituzione d'una servitù, e quindi ci troviamo nei termini della legge. Questi atti devono essere trascritti (2).

---

(1) Vedi il vol. VII dei miei *Principii*, nn. 375-416.

(2) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 299, nn. 418-423. AUBRY e RAU, t. III, p. 7, nota 2. Cfr. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 314, nn. 117 e 118.

N. 4. — **Della cessione d'azioni immobiliari.**

82. La cessione di un'azione immobiliare implica la trasmissione di un diritto reale immobiliare, e quindi la necessità della trascrizione. Infatti, l'azione è inseparabile dal diritto di cui non costituisce che l'esercizio. Se l'azione è immobiliare, è perchè ha dovuto mettere nelle mani di colui al quale appartiene un immobile od un diritto reale immobiliare. È questa proprietà o questo diritto che, in realtà, forma oggetto della cessione. La cessione di un'azione immobiliare, senza la cessione dell'immobile o del diritto immobiliare, sarebbe un non senso, poichè l'azione non è altro che l'esercizio del diritto, il che è decisivo per quanto riguarda la trascrizione.

83. Tale è la cessione dell'azione di rivendicazione di un immobile. Il cessionario fa valere giudizialmente il suo diritto e vince la causa. Quale ne sarà la conseguenza? Ch'egli sarà proprietario dell'immobile. In forza di quale atto? Non già della sentenza, poichè il giudice non fa che dichiarare i diritti delle parti. Egli dichiara dunque che il cessionario è proprietario dell'immobile in forza della cessione che gli è stata fatta per rivendicare l'immobile stesso. È in questo senso che un adagio romano dice: *Qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*. Senza dubbio, l'azione può non riuscire e, in questo caso. il cessionario non avrà la proprietà della cosa. Ecco perchè un altro adagio dice: *Minus est habere actionem quam rem*. Dovrà dirsi per questo che vi sia una differenza fra la cessione dell'azione e la cessione dell'immobile? No: se il cessionario fallisce nella sua domanda, è perchè il cedente non era proprietario dell'immobile. E lo stesso può accadere nella vendita dell'immobile. Il compratore non ne acquisterà la proprietà, se il venditore non ne era proprietario. Dal punto di vista del trasferimento della proprietà, non vi è dunque alcuna differenza fra cedere un immobile e cedere l'azione di rivendicazione di questo immobile. E' quanto dire che la cessione dell'azione dev'essere trascritta al pari della vendita della cosa (1).

84. Accade lo stesso della cessione di un'azione di nullità o di rescissione di un contratto traslativo di proprietà immobiliare La vendita che io ho fatta di un immobile è rescindibile per causa di lesione. Io ho un'azione di rescissione, in forza della quale posso ricuperare la proprietà dell'immobile. Non è una rivendicazione, perchè io devo innanzi tutto chiedere la rescissione della vendita, ma se la vendita è rescissa, sarà considerata come non mai esistita, e quindi si riterrà ch'io sia sempre

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 227, n. 56.

stato proprietario dell'immobile. Ne consegue che, se io cedo l'azione di rescissione, cedo la cosa stessa. Ciò è tanto vero che il cessionario può ipotecare l'immobile, e l'ipoteca sarà valida se vien pronunciata la rescissione. Il giudice dichiarerà che il cedente è sempre stato proprietario, e che il cessionario lo fu in forza dell'atto di cessione. Dunque questo atto è traslativo di proprietà immobiliare, e quindi deve essere trascritto (1).

85. Che dovrà dirsi della cessione dell'azione di risoluzione d'una vendita immobiliare? La questione è controversa. Bisogna distinguere. Se si tratta d'una condizione risolutiva espressa, operante la risoluzione di pien diritto, senza l'intervento del giudice, la cessione dell'azione è, veramente, la cessione dell'immobile. In realtà, la convenzione è mal qualificata; non vi ha azione di risoluzione, poichè la risoluzione non deve essere chiesta giudizialmente; essa esiste di pien diritto coll'avverarsi della condizione risolutiva. E' dunque la proprietà dell'immobile che viene ceduta, o, se si vuole, l'azione di rivendicazione, perchè colui che agisce rivendica. Se interviene il giudice, è soltanto per constatare che la condizione si è avverata o per vincere la resistenza di colui il diritto del quale è risolto. La cessione dell'azione essendo, in questo caso, la cessione dell'azione di rivendicazione di un immobile, vi ha un atto traslativo di un diritto immobiliare che deve essere trascritto. Su questo punto non vi è alcun dubbio (2).

Se si tratta d'una condizione risolutiva tacita, la questione diventa dubbia. Io vendo un immobile, senza condizione alcuna. Il compratore non paga il prezzo. Io ho due diritti, un'azione pel pagamento del prezzo, garantita da un privilegio, ed un'azione di risoluzione della vendita. Cedo l'azione di risoluzione della vendita. Questa cessione deve essere resa pubblica mediante la trascizione? Generalmente si insegna che non vi ha luogo a trascrivere, perchè la cessione ha per oggetto un diritto di credito e non un diritto reale immobiliare (3). Non si confonde in tal modo il diritto al prezzo col diritto di risoluzione? L'azione pel pagamento del prezzo è certamente mobiliare, poichè tende a procurare una somma di denaro, ma l'azione di risoluzione della vendita è immobiliare, poichè tende a far risolvere la vendita, e se questa è risolta, il venditore e quindi il cessionario saranno considerati come se siano sempre stati proprietarii. La cessione dell'azione sarà stata la cessione della proprietà. Perchè questa cessione sarebbe esentata dalla

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 30, nota 16. AUBRY e RAU, t. II, p. 290, nota 14, § 209, e gli autori citati.
(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 290, nota 14, § 209.
(3) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 33, n. 18. AUBRY e RAU, t. II, p. 303, nota 67, § 209.

pubblicità? Si obbietta che deve intervenire il giudice per pronunciare la risoluzione. Egli può non promuoverla accordando un termine al compratore, e se questi paga entro questo termine, la vendita sarà mantenuta. Dunque la cessione dell'azione risolutiva non conduce necessariamente ad un trasferimento di proprietà, e in questo senso non è un atto traslativo di diritti reali immobiliari. L'obbiezione ci fa propendere per l'opinione generale.

86. L'applicazione di questi principii solleva una nuova difficoltà. Io vendo un immobile con facoltà di riscatto. La cessione del mio diritto deve essere trascritta? A nostro avviso, sì. La clausola di riscatto è una condizione risolutiva stipulata dalle parti contraenti, e quindi una condizione espressa che opera di pien diritto in forza del contratto. Cedere il diritto di ricupera è dunque cedere un diritto sull'immobile, mediante l'adempimento delle condizioni del riscatto. Non è il giudice che pronuncia la risoluzione, o che può impedirla: essa ha luogo per volontà delle parti. Se il cessionario usa del patto di riscatto, sarà proprietario a partire dall'atto di cessione come se avesse comperato l'immobile, ed è, in realtà, l'immobile ch'egli ha comperato. Vi ha dunque trasferimento di proprietà immobiliare, e, per conseguenza, l'atto che opera questo trasferimento deve essere trascritto. Se si ammette che la cessione del diritto di riscatto non deve essere trascritta, ne risulterà che si effettuerà un trasferimento di proprietà immobiliare, a vantaggio del cessionario, senza pubblicità alcuna; il che è contrario al testo ed allo spirito della legge (1).

Si obbietta che il venditore con facoltà di riscatto si spoglia di ogni diritto di proprietà, e non conserva che un semplice credito contro il compratore. Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnata, il venditore resta proprietario sotto condizione sospensiva; donde segue che, cedendo il suo diritto, egli trasferisce realmente una proprietà condizionale al cessionario. Questa idea, si dice, è completamente erronea. Si nega che il venditore conservi un diritto di proprietà, anche semplicemente condizionale (2). Ci pare che si contraddica all'evidenza. Il venditore non può forse ipotecare l'immobile, e l'ipoteca non sarà pienamente valida se viene esercitato il riscatto? E in forza di qual diritto accorderebbe egli un'ipoteca, se non fosse proprietario condizionale? Rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Vendita* (volume XXIV, nn. 392-395).

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 231, nn. 59 e 60. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 30, nn. 16 e 17. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 271, nn. 384 e 385.

(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 304, nota 68, § 209. RIVIÈRE e HUGUET, *Questions sur la transcription*, p. 80, nn. 109 e 110.

N. 5. — **Delle sentenze.**

87. L'art. 1.° della legge ipotecaria, dopo aver posto il principio che tutti gli *atti* tra vivi, traslativi di diritti reali immobiliari, devono essere trascritti, soggiunge: « Sarà altrettanto delle *sentenze* passate in giudicato le quali tengono luogo di *convenzioni* o di *titoli* per la trasmissione di questi diritti ». Quali sono le sentenze che tengono luogo di *convenzioni*, e quali quelle che tengono luogo di titoli?

A primo aspetto, non si concepisce che una sentenza tenga luogo di *convenzione*. Le sentenze sono essenzialmente dichiarative. Esse dichiarano, constatano i diritti delle parti, non li creano. Non vi sono che le convenzioni che generano diritti. E' dunque la convenzione riconosciuta e sanzionata dal giudice che deve essere trascritta, non la sentenza. Tuttavia certe sentenze sembrano tener luogo di contratti, e sono le sentenze d'aggiudicazione. Vi hanno casi nei quali la vendita si fa giudizialmente, cioè colle forme giudiziarie, e quindi la sentenza tien luogo dell'atto di vendita stipulato avanti notaio. Sarebbe ancora più esatto dire che la sentenza tien luogo di titolo, ossia d'*atto*. Quanto alla vendita, essa è una convenzione, e non vi ha contratto senza concorso di consenso. Ora, è evidentissimo che chi consente, vende e compera non è il giudice, ma le parti. Il giudice non fa che prestare il suo ministero, al pari del notaio.

La legge belga del 15 agosto 1854 è ritornata ai veri principii. L'aggiudicazione si fa da un notaio, in presenza del giudice di pace, conformemente alla legge del 12 giugno 1816, in relazione al capitolato deposto nella cancelleria del procedente. A termini dell'art. 49, il titolo dell'acquirente si compone del capitolato e del processo verbale dell'aggiudicazione. L'aggiudicatario è tenuto a far trascrivere questo titolo (art. 53). Accade lo stesso di tutte le vendite d'immobili che si fanno agli incanti. Il notaio sostituisce il tribunale: non vi ha più sentenza d'aggiudicazione, ma un atto notarile, e quest'atto deve essere trascritto come ogni altro atto traslativo di diritti reali immobiliari (1). Questa sostituzione del notaio al tribunale conferma quanto abbiamo detto della parte che il tribunale rappresenta nell'aggiudicazione sotto l'impero dell'antico codice di procedura. Esso funzionava da notaio, e la sentenza teneva luogo d'atto. Dunque è inesatto il dire, come fa l'art. 1.° della nostra legge, che vi sono sentenze le quali tengono luogo di convenzioni. Diciamo che la nuova legge è ritornata ai veri principii. La vendita, anche quando avviene in conseguenza di un sequestro, o la legge or-

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 59, n. 37.

dina che si faccia con formalità giudiziarie, non cessa di essere un contratto. Ora, i tribunali non hanno mandato di ricevere contratti, questa funzione spetta alla giurisdizione volontaria. Nell'antico diritto, la giurisdizione volontaria era confusa colla giurisdizione contenziosa. Ne abbiamo veduto un esempio notevole nei *doveri di legge*. La rivoluzione del 1789 ha divise le due giurisdizioni, ma restano ancora nelle nostre leggi alcuni avanzi dell'antica confusione. Tale era l'intervento dei tribunali nelle aggiudicazioni. La legge del 1854 ha restituito ai notai un'attribuzione che è essenzialmente di loro competenza.

88. Quali sono le sentenze che tengono luogo di *titoli?* La disposizione dell'art. 1.° concernente le sentenze non si trovava nel progetto di legge, ma fu introdotta da un emendamento, prima respinto dalla Camera dei rappresentanti, poi ripreso dalla commissione del Senato e quindi adottato dalle due Camere. L'emendamento ha dato luogo ad una discussione molto confusa. È inutile ripeterla, poichè tutti sono d'accordo sul senso della legge. Ci limitiamo a trascrivere la spiegazione data da Jullieu, autore dell'emendamento: « Vien fatta una vendita verbale. Il venditore si rifiuta di riconoscere l'esistenza della vendita. Questo rifiuto mette il compratore nella necessità di tradurre il venditore in giudizio per far riconoscere la convenzione. Se il compratore ottiene una sentenza che riconosce l'esistenza della vendita, *questa sentenza terrà luogo della convenzione stessa*. È evidente ch'essa deve essere trascritta, secondo lo spirito del progetto, poichè costituisce appunto il *contratto* traslativo della proprietà » (1).

Il linguaggio è inesatto, benchè l'idea sia giusta. Nella pratica si confonde d'ordinario il *contratto* e l'*atto* che lo constata. L'oratore, che era avvocato, ha parlato come un pratico. Ma la redazione della legge deve essere più precisa. Nella specie, è certo che le sentenza non sostituisce la convenzione. Che cosa domanda il compratore? Egli pretende che vi è una vendita, e che il venditore rifiuta di eseguirla. Conchiude che il giudice decida che vi ha vendita e che costringa, colle vie di diritto, il venditore ad eseguirla. La convenzione, come sempre, ha preceduto la sentenza. Il giudice non forma la convenzione; egli constata che è stata fatta col concorso di consenso delle parti, e costringe quella che la nega a mantenere i suoi impegni. Che cosa è dunque la sentenza? È la prova autentica della vendita. Essa sostituisce l'atto notarile. E' per questo motivo che la legge ne prescrive la pubblicità. La legge francese del 1855 ha riprodotto tale principio, formulandolo in termini più chiari. Essa ordina la trascrizione di ogni sentenza *che dichiara l'esistenza d'una convenzione verbale* traslativa di proprietà immobiliare o di diritti reali immobiliari.

(1) PARENT, p. 216 e seg. (seduta del 31 gennaio 1851).

89. Vi hanno altre sentenze che devono essere rese pubbliche. L'art. 1.°, il quale esige la trascrizione delle sentenze che tengono luogo di *titoli*, s'applica tanto agli atti *dichiarativi* di proprietà quanto agli atti *traslativi*. Ritorneremo su questo punto trattando della pubblicità degli atti dichiarativi di proprietà.

A termini dell'art. 3 della legge ipotecaria, le sentenze pronunciate sulle domande di annullamento o di revoca di diritti risultanti da atti soggetti alla trascrizione devono essere rese pubbliche; ma la pubblicità non consiste nella trascrizione, essa si fa mediante iscrizione, come diremo più avanti.

90. Le sentenze pronunciate in materia d'espropriazione per causa di pubblica utilità devono essere trascritte in forza della legge ipotecaria? La questione è controversa. Tuttavia la dottrina tende a pronunciarsi per la negativa. Questa opinione è stata benissimo sostenuta nel Belgio da Martou (1) e in Francia da Aubry e Rau (2). A nostro avviso, non resta più alcun dubbio. L'espropriazione per causa di pubblica utilità è un atto di natura affatto speciale; non è un atto traslativo di proprietà, nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria. Infatti, per atto traslativo di proprietà la legge intende una convenzione che trasferisce la proprietà dal venditore al compratore. Ora, quando viene espropriato un immobile, la proprietà di questo, come l'aveva il proprietario espropriato, non passa allo Stato: l'immobile è, al contrario, posto fuori di commercio colla nuova destinazione che riceve, e quindi cessa di formare l'oggetto d'un vero diritto di proprietà per divenir parte del demanio pubblico inalienabile e imprescrittibile.

Lo scopo dell'espropriazione essendo così diverso da quello di un'alienazione ordinaria, si concepisce che anche i mezzi di raggiungere lo scopo siano differenti. Tale è la ragione della procedura affatto speciale che si segue in materia d'espropriazione. La legge del 17 aprile 1835 ordina la trascrizione della sentenza colla quale è deciso che le formalità prescritte dalla legge per constatare la pubblica utilità sono state adempiute. Ma l'oggetto di questa trascrizione è ben diverso da quello della trascrizione ordinata dalla legge ipotecaria. La trascrizione di diritto comune ha per oggetto di rendere pubblica la condizione immobiliare dei proprietarii. Nell'espropriazione per causa di pubblica utilità, l'acquirente, lo Stato, è fuori di questione, e non è proprietario. Quanto al proprietario espropriato, egli non è interessato che pei diritti che gravano la cosa. Ora, questi

(1) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 59, n. 38. Cloes, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 21, nn. 36-40. In senso contrario, Casier, *Studii sulla legge ipotecaria*, n. 14, p. 32.

(2) Aubry e Rau, t. II, p. 297, nota 42, § 209, e gli autori, in senso diverso, che citano.

diritti non possono più esercitarsi sull'immobile dal momento ch'esso è entrato nel dominio dello Stato. Ecco una nuova deroga al diritto comune, conseguenza necessaria dell'espropriazione. Il proprietario è privato dalla sua cosa nell'interesse pubblico, ma non lo è che a condizione di una indennità. Deve dirsi lo stesso dei creditori privilegiati ed ipotecarii. Se essi perdono il loro diritto sull'immobile, lo conservano sull'indennità, conformandosi alla legge. Essi devono prendere iscrizione entro breve termine, sotto pena di decadenza (art. 20 e 21 della legge del 17 aprile 1835).

Siccome la legge speciale sull'espropriazione deroga al diritto comune per un interesse pubblico, è impossibile ammettere che la legge ipotecaria, la quale stabilisce il diritto comune, abroghi le disposizioni eccezionali della legge del 1835. L'eccezione, fondata su motivi speciali d'interesse pubblico, deve sussistere in presenza d'una legge generale la quale non fa che sostituire il diritto comune del codice civile, perchè le ragioni per cui la legge del 1835 ha derogato al diritto comune sussistono; esse sono inerenti all'espropriazione. E' quanto dire che la legge sull'espropriazione è indipendente dalle modificazioni che può subire il diritto comune; essa è permanente, come lo è l'interesse sociale che l'ha fatta emanare.

91. L'espropriazione si fa sovente senza sentenza, mediante amichevole cessione. Si domanda se queste convenzioni sono soggette alla trascrizione, o se si debbano applicare, per analogia, i principii che abbiamo esposti. La questione è controversa. Secondo la legislazione francese, queste convenzioni sono pubblicate nello stesso modo delle sentenze d' espropriazione, e producono gli identici effetti. Si devono dunque applicar loro gli stessi principii. La legislazione belga non stabilisce questa assimilazione. Ne risulta che i contratti intervenuti fra lo Stato ed i proprietarii restano sotto l'impero del diritto comune. Ci pare impossibile ammettere un'eccezione che fosse fondata soltanto sullo spirito della legge. Anche gli autori francesi insegnano che, se le formalità speciali prescritte dalle leggi sull'espropriazione per le cessioni amichevoli non sono state adempite, la legge sulla trascrizione deve ricevere applicazione (1).

Vi ha però una sentenza la quale ha applicato, per analogia, in materia d'allineamento, i principii che reggono l'espropriazione per causa di pubblica utilità. Ecco il caso. Il proprietario d'un terreno incolto adiacente alla via pubblica domanda l'allineamento per elevarvi una costruzione. In conseguenza dell'allineamento, una porzione di terreno di duecentosedici metri quadrati doveva essere riunita alla via. L'indennità fu fissata dal giurì d'espropriazione, nella somma di tremilaseicentotredici

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 298 e seg., note 44 e 45, e gli autori citati.

lire. Il proprietario consentì un'ipoteca sui fabbricati, poi fallì. Nalla graduatoria che si aperse il creditore ipotecario domandò di essere pagato con preferenza sull'indennità dovuta al debitore. Il sindaco oppose, in nome della massa, che l'ipoteca era nulla per essere stata consentita posteriormente all'espropriazione. Allora sorse la questione di sapere se la cessione dei terreni doveva essere trascritta perchè si potesse opporla ai terzi. La Corte di Riom decise che non vi era luogo a trascrizione, pel motivo che la cessione spiegava tutti gli effetti d'una sentenza d'espropriazione. Per principio, la Corte ha ragione di dire che le leggi d'espropriazione sono speciali, e che le leggi generali sulla trascrizione non vi derogano (1). Ma la difficoltà stava nel sapere se, nella specie, erano applicabili le leggi d'espropriazione. Non si estendono forse applicandole ad una cessione tacita senza contratto formale? Non versandosi nell'eccezione si restava necessariamente sotto l'impero della regola.

N. 6. — Delle rinuncie.

92. L'art. 1.° della legge ipotecaria assoggetta alla pubblicità anche gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari, il che, nel linguaggio della legge, si applica alla proprietà immobiliare ed agli smembramenti della proprietà. Secondo il rapporto della commissione speciale, si potrebbe credere che si tratti soltanto della rinuncia ad un diritto reale, smembrato dalla proprietà. Ecco quello ch'essa dice: « Il principio (della pubblicità) s'applica con egual forza ad ogni concessione d'*usufrutto*, di *diritto d'uso*, di *diritto di superficie* o di *diritto enfiteutico*, come pure ad ogni *rinuncia a questi diritti* ». La disposizione non ha dato luogo ad alcuna discussione. Ch'essa si applichi alla rinuncia la quale abbia per oggetto un diritto reale, è evidente, e questa applicazione ci fa anche conoscere lo spirito della legge ed il carattere che la rinuncia deve avere perchè debba essere trascritta. Io ho un diritto d'usufrutto sopra un immobile. Vi rinuncio. Quale è l'oggetto e quale l'effetto di questa rinuncia? L'usufrutto ora smembrato dalla proprietà. Per effetto della mia rinuncia, esso ritorna al nudo proprietario. Il diritto di proprietà cessa così d'essere smembrato e ritorna integro, assoluto. Il nudo proprietario acquista dunque il diritto al quale io rinuncio e l'acquista col fatto della mia rinuncia. Dunque l'atto col quale rinuncio all'usufrutto equivale all'atto col quale abdico all'usufrutto a vantaggio del nudo proprietario. È una trasmissione d'un diritto reale immobiliare, e quindi l'atto deve essere trascritto.

---

(1) Riom, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1867, 2, 159).

Ne consegue che non ogni rinuncia è soggetta alla trascrizione. Se la rinuncia all'usufrutto deve essere resa pubblica, è perchè implica un cambiamento immobiliare. Un diritto immobiliare passa dall'usufruttuario al nudo proprietario. Quando la rinuncia non opera cambiamento, non vi ha luogo a trascrizione. Tale sarebbe la rinuncia ad una successione puramente immobiliare o ad un legato immobiliare, per esempio, il legato di tutti gl'immobili. Questa rinuncia non importa trasmissione. Infatti per trasmettere un diritto, colui che rinuncia dovrebbe averlo nel suo patrimonio. Ora, la rinuncia ha precisamente questo effetto, che l'erede o il legatario rinunziante si ritiene non sia mai stato erede nè legatario. Egli non ha dunque mai avuto alcun diritto sulla eredità, nè sulla cosa legata, e per conseguenza non può trasmetterlo. Poco importa che la rinuncia giovi a coloro che raccolgono la successione o il legato in mancanza del rinunciante. Questa giova loro senza che si possa dire che tengono il loro diritto da lui. Essi derivano il loro diritto dalla legge o dal testatore, non l'acquistano per via di trasmissione, e quindi non può trattarsi di trascrizione, perchè non esiste alcun atto traslativo d'un diritto reale immobiliare (1).

93. Per essere soggetta alla trascrizione, la rinuncia deve dunque avere per oggetto e per effetto di trasmettere un diritto reale immobiliare a colui a vantaggio del quale la rinuncia è fatta. Tale è la rinuncia dell'usufruttuario. Di lui non si può dire, come dell'erede o del legatario, che rinunciando si ritiene non abbia mai avuto l'usufrutto. L'usufrutto è stato nel suo patrimonio, donde esce a causa della rinuncia per entrare nel patrimonio del nudo proprietario. Ecco una trasmissione. Dunque vi ha un atto traslativo di diritto reale immobiliare, il quale deve essere trascritto (2).

La disposizione dell'art. 1.° è applicabile ad ogni rinuncia che implica un cambiamento immobiliare, e quindi tanto alla rinuncia che cade sulla proprietà d'un immobile quanto alla rinuncia che ha per oggetto uno smembramento della proprietà. Si dirà che in tal modo si estende la legge della trascrizione, e che sta il principio che la trascrizione non deve essere fatta che nei casi determinati dalla legge? Rispondiamo che il testo non è restrittivo come lo è la relazione della commissione speciale. Esso si riferisce ai *diritti* di cui si parla nel primo alinea. Ora, i diritti reali immobiliari di cui parla la legge comprendono innanzi tutto la proprietà immobiliare. Il principio delle rinuncie è dunque generale. Dal momento che ne risulta una trasmis-

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 301 e seg., note 57 e 58.

(2) Vedi un'applicazione in una sentenza di Bruxelles del 28 ottobre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 39).

sione soggetta a trascrizione, anche l'atto di rinuncia deve essere reso pubblico nello stesso modo.

94. Al titolo della *Servitù*, il codice prevede rinuncie che, secondo il principio da noi stabilito, devono essere trascritte. L'art. 656 dispone: « Ogni comproprietario di un muro comune può esimersi dall'obbligo di concorrere alle spese delle riparazioni e della ricostruzione rinunziando al diritto di comunione ». Questa rinuncia non è una semplice abdicazione d'un diritto, ma implica una trasmissione. Infatti, il comproprietario che fa la rinuncia cessa d'essere comproprietario, il muro non è più comune, e diviene proprietà esclusiva dell'altro comproprie tario. Vi ha dunque un trasferimento fatto dall'uno dei comproprietarii a vantaggio dell'altro (vol. VII, n. 550), il che rende necessaria la trascrizione.

L'art. 699 contiene una disposizione analoga: « Quando pure il proprietario del fondo serviente fosse tenuto, in forza del titolo, alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può egli sempre liberarsene, abbandonando il fondo serviente al proprietario del fondo dominante ». Qui il testo è formale. Vi è abbandono della proprietà d'un fondo da parte del proprietario al suo vicino per liberarsi dalle spese delle opere necessarie all'esercizio d'una servitù. L'abbandono essendo traslativo, vi ha luogo a trascrizione dell'atto d'abbandono, in forza dell'art. 1.° della legge ipotecaria (1).

95. La rinuncia ad una servitù è soggetta a trascrizione? Quando essa risulta dal non uso durato trent'anni (art. 706), la negativa è certa, perchè non vi ha un atto che possa essere trascritto. Se la rinuncia ha luogo mediante convenzione, l'art. 1.° della legge ipotecaria è applicabile. Infatti, vi ha un atto a titolo gratuito o a titolo oneroso traslativo d'un diritto reale immobiliare. La proprietà che era smembrata diverrà piena ed integra. Vi ha dunque un cambiametno immobiliare, il che decide la questione della trascrizione. La Corte di cassazione del Belgio ha giudicato così nel caso seguente. Un comune usuario abbandonò i suoi diritti d'uso al proprietario dietro pagamento d'una somma di denaro. L'abbandono costituiva, in realtà, una cessione di questi diritti, colla quale, da una parte, il comune cessava d'essere usuario. Ma la sua rinuncia non era puramente estintiva, perchè, d'altra parte, la proprietà del padrone del bosco si consolidava, vale a dire ch'egli acquistava la piena proprietà, mentre fino allora non aveva avuto che una proprietà smembrata. Il carattere traslativo dall'abbandono sarebbe evidente se si facesse a vantaggio d'un terzo, poichè sarebbe la vendita d'un diritto reale immobiliare. Ora, la natura dell'atto resta la stessa, si faccia l'abbandono al proprietario o ad un

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 334, n. 126. Cfr. il vol. VIII dei miei *Principii*, n. 246.

terzo. Dunque, in ogni ipotesi, vi ha trasmissione d'un diritto reale immobiliare, e quindi l'atto deve essere trascritto (1).

96. I privilegi e le ipoteche si estinguono colla rinuncia del creditore (art. 2180 e legge ip., art. 108). Questa estinzione è nel tempo stesso un consolidamento della proprietà, che cessa d'essere smembrata. Bisogna conchiuderne che la rinuncia deve essere trascritta? La negativa risulta dal testo della legge. Essa assoggetta alla trascrizione la rinuncia ai diritti che, secondo il primo alinea, devono essere trascritti. Ora, i privilegi e le ipoteche sono formalmente esenti dalla trascrizione, e quindi la rinuncia a questi diritti non cade sotto l'applicazione della legge (2).

I privilegi e le ipoteche sono soggetti ad un regime speciale che garantisce sufficientemente gli interessi dei terzi, senza che sia necessario trascrivere gli atti di rinuncia. Se il creditore rinuncia al suo diritto ipotecario in favore del debitore, l'ipoteca è estinta, benchè l'iscrizione sussista. Ciò potrebbe indurre i terzi in errore. Perchè essi non si trovino nel caso di comperare un credito che era garantito da un'ipoteca, quando l'ipoteca è estinta colla rinuncia, la legge dà al cessionario un'azione per dichiarazione d'ipoteca (art. 6), sulla quale ritorneremo. La rinuncia all'ipoteca può aver luogo anche a favore d'un terzo. Se ciò avviene in conseguenza della cessione del credito privilegiato o ipotecario, la legge prescrive la pubblicità della cessione mercè l'iscrizione, come diremo più avanti (3).

97. La rinuncia ad una successione deve essere trascritta? Se è fatta prima dell'accettazione dell'eredità, costituisce l'esercizio del diritto ereditario; essa non trasmette alcun diritto a coloro che ne approfittano, poichè l'erede rinunciante si ritiene che non sia mai stato erede (n. 92). Quando la rinuncia è fatta dopo l'accettazione dell'eredità, essendo il diritto dell'erede definitivamente acquisito al momento della rinuncia, l'atto col quale egli rinuncia trasmette questo diritto alla parte a vantaggio della quale la rinuncia è fatta. Esso è dunque traslativo di proprietà, e quindi soggetto a trascrizione se la successione è immobiliare. Può darsi che debba essere trascritta anche la rinuncia fatta prima dell'accettazione, il che avviene quando la rinuncia implica ad un tempo accettazione della successione e trasmissione dei diritti ereditarii. Uno degli eredi rinuncia all'eredità a titolo oneroso. È una cessione dei suoi diritti ereditarii mediante la quale il successibile accetta, poichè egli non può cedere i suoi diritti ereditari se non ha accettato, e li trasmette contemporaneamente al cessionario. Sarebbe lo stesso se la rinuncia si facesse a titolo gratuito a vantaggio di taluno degli eredi.

---

(1) Cassazione, 29 marzo 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 265).
(2) Debbecque, *Commentario legislativo della legge del 1851*, p. 41, n. 34.
(3) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 61, n. 39.

Sarebbe ancora un'accettazione ed una trasmissione di diritti ereditarii per donazione (1) Non facciamo che applicare i principii che sono stati posti al titolo delle *Successioni*.

98. Si può rinunciare alla prescrizione acquisita (art. 2220). L'atto di rinuncia deve essere trascritto? No, perchè la prescrizione, anche acquisitiva, non è che un'eccezione: essa non produce alcun effetto se colui contro il quale si rivendica un fondo non l'oppone. Che cosa vuol dir dunque rinunciare alla prescrizione? Non è abdicare alla proprietà, nè trasmetterla, perchè colui che rinuncia non è ancora proprietario: egli non fa che riconoscere il diritto del vero proprietario, il che esclude ogni idea di trasmissione (2).

Vi ha però un caso nel quale la rinuncia alla prescrizione costituisce un atto traslativo di proprietà e, come tale, soggetto alla trascrizione. Contro l'azione di rivendicazione, intentata in confronto del possessore d'un fondo, questi oppone la prescrizione. Una sentenza passata in giudicato ammette la prescrizione e decide, per conseguenza, che il possessore è proprietario. Se, dopo ciò, il possessore rinuncia alla prescrizione, egli abdica ad una proprietà definitivamente acquisita e la trasmette a colui a vantaggio del quale la rinuncia è fatta; il che rende necessaria la trascrizione (3).

99. La rinuncia ad un diritto reale immobiliare può essere verbale e contestata. Se il giudice l'ammette, la sentenza dovrà essere trascritta? È la stessa questione che abbiamo esaminata per le sentenze che constatano un atto dichiarativo di proprietà. Il testo non prevede la difficoltà, e veramente non ne esiste alcuna. Quand'anche la legge non avesse parlato delle rinuncie, si sarebbe dovuto assoggettarle alla trascrizione, in forza della regola generale che ordina la trascrizione di ogni atto traslativo di proprietà immobiliare. Secondo questo principio la rinuncia, quando contiene una trasmissione di proprietà, deve essere trascritta. Se si fa verbalmente, la trascrizione è impossibile, poichè non vi ha nulla da trascrivere. Ma questa impossibilità cessa dal momento che il giudice ha constatato l'esistenza della rinuncia. Vi ha allora un atto autentico il quale stabilisce una trasmissione di proprietà immobiliare, e quindi vi è luogo a trascrizione (4).

100. Rimane una difficoltà che si riannoda alla materia delle rinuncie. Si domanda se la conferma d'un atto traslativo di proprietà immobiliare deve essere trascritta. La negativa è certa. È vero che la conferma implica una rinuncia, ma non ogni

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 293 e seg., nota 28, § 209.

(2) RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione*, p. 65, n. 83. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 325, n. 459.

(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 294, nota 30, § 209, e gli autori citati.

(4) CASIER, *Studii sulla legge ipotecaria*, p. 90, n. 13.

rinuncia è soggetta a trascrizione. Non vi ha che la rinuncia traslativa di proprietà che deve essere resa pubblica. Ora, colui che conferma un atto nullo rinuncia semplicemente al diritto che aveva di chiederne la nullità, egli cancella un vizio da cui l'atto era affetto e che lo rendeva nullo, non trasferisce alcun diritto alla parte colla quale ha contrattato. Non vi ha dunque nuova trasmissione di proprietà; è sempre l'antico contratto che sussiste, purgato dal vizio che l'annullava. Di qui il principio che lo conferma retroagisce, il che dimostra che non vi ha nulla di nuovo nell'atto di conferma; non vi ha dunque trasmissione di proprietà, e quindi non vi ha luogo a trascrizione (1).

Troplong pone benissimo il principio, ma l'applica male dicendo che l'atto che conferma una donazione nulla nella forma non deve essere trascritto. Egli dimentica l'art. 1339, secondo il quale una donazione nulla nella forma non può essere confermata perchè la donazione è inesistente e nulla di pien diritto, e non si conferma ciò che non esiste. L'atto di conferma essendo nullo, va da sè che non deve essere trascritto. Se, sotto il nome d'atto di conferma, il donante avesse fatto una nuova donazione, essa dovrebbe certamente essere trascritta, ma questa non sarebbe una conferma, sibbene un nuovo contratto, valido soltanto a partire dal momento in cui tutte le formalità prescritte per le donazioni fossero state adempite. Non così degli eredi del donante. La legge permette loro di confermare la donazione, e per conseguenza l'atto di conferma non deve essere trascritto (2).

Mourlon ha commesso un altro errore. Egli ammette il principio che abbiamo ricordato quando un atto è nullo per causa d'incapacità, non lo ammette quando la convenzione è nulla per vizio di consenso. La distinzione è puramente arbitraria, ed è anche inutile confutarla, perche contraria al testo ed allo spirito della legge (3). L'opera di Mourlon e gli altri trattati che vennero pubblicati sulla trascrizione, quasi immediatamente dopo la promulgazione della legge francese sulla trascrizione, sono stati fatti un po' affrettatamente, donde le negligenze e gli errori che vi si trovano. Se facciamo l'osservazione, è per mettere in guardia i nostri giovani lettori contro le pubblicazioni affrettate e per indurli a maturare le loro idee prima di scrivere. Ma Dio ci guardi dal volere elevarci al disopra di coloro che ci hanno preceduti! Essi hanno avuto il gran merito di aprire la strada. È facile agli ultimi venuti continuare e correggere l'opera.

---

(1) TROPLONG, *Della conferma*, p. 261, n. 97.

(2) AUBRY e RAU (t. II, p. 301, nota 55, § 209) suppongono che l'*eminente magistrato* ha inteso parlare degli eredi. Non è vero. TROPLONG parla del donante.

(3) Vedi la confutazione in FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 331, nn. 468-479. MOURLON, t. I, p. 335, n. 126.

N. 7. — Degli atti dichiarativi di diritti reali immobiliari.

101. La nostra legge ipotecaria assoggetta alla trascrizione gli atti *dichiarativi* di diritti reali immobiliari ossia le divisioni che nel diritto francese sono dichiarative e non traslative di proprietà (art. 883). Nelle nostre consuetudini di pegno le divisioni erano dispensate dai doveri di legge, il che pare assai logico. Infatti, i condividenti non divengono proprietarii in forza dell'atto di divisione : questo atto non fa che dichiarare che i beni messi nelle quote dei condividenti appartengono loro dall'apertura della eredità, essi sono proprietari in virtù della legge, che li investe dei beni del defunto di pien diritto o in forza della volontà del testatore. Perchè rendere pubblico un atto che è estraneo alla trasmissione dei beni ereditari ? Il legislatore francese non ha assoggettato alla trascrizione che gli atti traslativi di proprietà. Tuttavia questo principio non era quello dei diversi progetti che hanno preceduto la legge del 1855, nè quello del progetto di legge che il Governo presentò al corpo legislativo nel 1855. Queste modificazioni, apportate a progetti accuratamente elaborati, provano che vi ha un dubbio. Il legistatore belga lo ha risolto in favore della pubblicità. Noi esporremo anzitutto il motivo che si è dato per giustificare la pubblicità delle divisioni, poi riferiremo le obbiezioni che si son fatte, in Francia, contro questa estensione del principio di pubblicità.

Si legge nella relazione della commissione speciale che ha preparato il progetto sul regime ipotecario: « Gli atti di divisione sono semplicemente dichiarativi secondo una finzione della legge civile. Tuttavia, nella realtà delle cose, questi atti producono nella posizione dei condividenti un cambiamento che interessa i terzi. Proprietarii, prima della divisione, d'una parte indivisa di cui sono padroni di disporre, i loro diritti, col fatto della divisione, si limitano a certi beni determinati dall'atto. Importa quindi impedire le cessioni fraudolente che potrebbe fare un erede della sua parte indivisa nella successione, quando i suoi diritti fossero già limitati da una divisione anteriore ».

Queste considerazioni giustificano la legge belga. Perchè il legislatore ha sostituito alla clandestinità romana la pubblicità tolta alle consuetudini di pegno ? Nell'interesse dei terzi. Ora, i terzi sono interessati a conoscere tutti gli elementi della situazione immobiliare di colui col quale contrattano. Se contrattano con un erede, devono sapere non solo ch'egli è successo al defunto di pien diritto e in forza della legge, ma devono conoscere anche quali beni ha raccolti. Il fatto della successione non è reso pubblico, ma la pubblicità della divisione colma questa lacuna, nel senso che, quando vi sono più eredi, si deve necessariamente procedere alla divisione, e se i coeredi vogliono che la

divisione sia opponibile ai terzi, devono farla trascrivere. Si domanderà quale è questo interesse dei terzi e come essi possono essere ingannati? La relazione della commissione speciale, che abbiamo trascritta, risponde alla domanda, e il relatore della commissione del Senato, d'Anethan, completa la risposta. Finchè non ha avuto luogo la divisione, i coeredi possono vendere la loro parte indivisa negli oggetti ereditari, mentre dopo la divisione essi non possono disporre che dei beni compresi nella loro quota. Se la divisione non fosse resa pubblica, i terzi potrebbero trattare cogli eredi, come se questi fossero ancora in istato d'indivisione, e sarebbero lesi se gli eredi potessero opporre loro una divisione clandestina. La pubblicità della divisione impedisce questa frode. Finchè la divisione non è trascritta va considerata, a riguardo dei terzi, come non esistente, e quindi i terzi possono comperare con piena sicurezza una parte indivisa. Questo atto sarà valido nel senso che il compratore avrà diritto alla cosa se è messa nella quota del suo venditore, e quindi egli ha il diritto di provocare una nuova divisione, nella quale potrà intervenire per tutelare i suoi interessi.

102. Questo risponde ad una obbiezione del relatore dell'assemblea nazionale e legislativa. Coloro, egli dice, che contrattano con un coerede prima della divisione sanno perfettamente che i diritti ch'essi tengono da lui sono condizionali e dipendono dal fatto della divisione, e coloro che contrattano dopo la divisione hanno cura di farsi mostrare quest'atto (1). « Senza dubbio, ma se l'erede col quale trattano dice loro che non vi ha divisione, essi saranno ingannati, e bisogna bene, in materia di trascrizione, supporre la mala fede, poichè essa non ha altro scopo che di mettere i terzi al coperto della frode. È la pubblicità sola che apprende ai terzi che esiste una divisione, e se questa divisione non venne resa pubblica, essi non devono preoccuparsene, poichè la divisione clandestina non può loro essere opposta. Si è fatta un'obbiezione più speciosa. Il relatore della legge francese del 1855, De Belleyme, dice nella sua relazione: « Nel nostro diritto, la divisione è dichiarativa e non traslativa di proprietà. Se questo carattere è una finzione della legge, la finzione non cessa di essere la base delle regole e degli effetti della divisione, e cambiarla sarebbe portare la confusione nelle disposizioni del codice Napoleone » (2). È vero che la legge belga, prescrivendo la trascrizione della divisione, deroga al principio dell'art. 883? La commissione speciale che ha proposto questo sistema dice tutto il contrario, e importa constatarlo perchè non si dia alla trascrizione della divisione un significato che gli autori della legge non hanno inteso darle: « La commissione propone di assoggettare alla pubblicità gli

---

(1) VATIMESNIL, *Relazione* (FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 18, n. 21).
(2) DE BELLEYME, *Relazione* (TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 34).

atti di divisione, senza tuttavia attentare al principio dell'articolo 883, che importa conservare per prevenire i gravi inconvenienti risultanti dal principio contrario ammesso dal diritto romano ». Come mai la pubblicità si concilia coll'effetto dichiarativo della divisione? La commissione risponde: « Le divisioni non potranno essere opposte ai terzi che dopo essere state trascritte, ma una volta trascritte, retroagiranno al giorno dell'apertura della successione, di modo che si riterrà che gli eredi siano successi soli ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nelle loro rispettive quote ».

Si è detto ancora che la trascrizione è inutile, che le ragioni dei terzi creditori sono sufficientemente garantite dal diritto che il codice accorda loro di fare opposizione alla divisione e, per conseguenza, d'intervenire. Rispondiamo, colla commissione del Senato, che l'una di queste garanzie non impedisce l'altra. I terzi avrebbero torto di riposare sulla formalità della trascrizione perchè la pubblicità non previene la frode e quindi devono aver cura di fare opposizione e di vegliare ai loro diritti, assistendo alle operazioni della divisione. Supponiamo che un terzo sia cessionario del diritto indiviso d'un erede in un immobile dell'eredità. Egli deve fare opposizione, affinchè non si proceda alla divisione senza la sua presenza. Se, ad onta della sua opposizione, gli eredi fanno la divisione e la trascrivono, il creditore opponente potrà impugnarla siccome fatta in frode dei suoi diritti. Questo diritto non rende inutile la pubblicità della divisione. Infatti, è dai registri del conservatore che il terzo apprenderà se vi è o non vi è divisione e se, conseguentemente, egli può comperare una parte indivisa in un oggetto ereditario.

103. Quali divisioni sono soggette alla trascrizione? La commissione speciale risponde: Gli *atti* di divisione e gli *atti* equivalenti alla divisione. Occorre un *atto* perchè possa esservi trascrizione. La divisione verbale non può essere trascritta, e conseguentemente le parti non possono opporla ai terzi. Che dovrà dirsi se una delle parti nega la divisione verbale e il giudice decide che la divisione ha avuto luogo? La sentenza dovrà essere trascritta? Il testo della legge non assoggetta alla trascrizione che le sentenze le quali tengono luogo di convenzione o di titoli per la *trasmissione* dei diritti reali immobiliari. Bisogna indurne che le sentenze le quali constatano l'esistenza d'una convenzione *dichiarativa* di diritti reali immobiliari non devono essere trascritte? No. È vero che non devono essere trascritti che gli atti pei quali la legge esige questa formalità, ed essa non l'ordina per le sentenze che constatano una divisione verbale, il che pare decisivo; eppure non è così. Lo abbiamo già osservato parlando delle sentenze che constatano una rinuncia verbale. La pubblicità degli atti e delle sentenze concernenti le rinuncie non è che una conseguenza od una applicazione della regola fondamentale posta dal primo alinea. Ogni mutazione immobiliare ed ogni divisione immobiliare devono essere tra-

scritti quando sono constatati da un *atto*. Ora, la sentenza tien luogo d'atto quando la convenzione non fu redatta in iscritto, e quindi anche la sentenza deve essere trascritta. Pareva cosa tanto evidente che il progetto non faceva menzione delle sentenze, e quando un membro della camera propose di menzionarle nel testo, il relatore della commissione rispose che era inutile, poichè le sentenze erano comprese nella regola. In massima, è vero, ma, nel linguaggio giuridico, le sentenze non si chiamano *atti tra vivi a titolo oneroso*, e quindi era meglio farne menzione. Però il legislatore avrebbe dovuto formulare la disposizione in modo che comprendesse tanto gli atti dichiarativi quanto gli atti traslativi. La forma è incompleta, ma lo spirito della legge non lascia alcun dubbio (1).

104. Qualunque divisione deve essere trascritta, e così non solo quelle delle successioni *ab intestato*, testamentarie e contrattuali, ma anche le divisioni di comunione e di società. Trova applicazione il testo della legge, e ciò è decisivo. La commissione del Senato ha aggiunto « gli atti equipollenti a divisione ». Quali sono? La questione dà luogo a gravi difficoltà. Le abbiamo già esposte al titolo delle *Successioni*.

Vi ha una divisione di natura affatto speciale, la divisione d'ascendente. Deve questa essere trascritta? Bisogna distinguere. Le divisioni d'ascendente possono essere fatte con atti tra vivi o con atti testamentari. L'art. 1076 soggiunge « colle formalità, le condizioni e le regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti ». Se ne conchiude che la divisione-donazione deve essere trascritta. Infatti il codice ordina la trascrizione delle donazioni immobiliari, e quindi anche le divisioni fatte sotto questa forma devono essere trascritte. Quanto alle divisioni testamentarie, si insegna che non devono essere trascritte, perchè gli atti a causa di morte non sono soggetti a trascrizione. A noi pare dubbio. Le divisioni d'ascendente hanno un duplice carattere. Sono atti traslativi di proprietà. Così considerate, sono rette dal diritto comune e quindi non devono essere trascritte quando si fanno per testamento. Ma le divisioni d'ascendente sono anche atti di divisione, e da ciò appunto traggono il loro nome. Ora, come atti di divisione, cadono sotto l'applicazione dell'art. 1.° della legge ipotecaria. Sono atti dichiarativi di proprietà (vol. XV, n. 82), e, a questo titolo, soggetti alla trascrizione. Si obbietta che, essendo le divisioni testamentarie atti di ultima volontà, non vi è obbligo di trascriverle, poichè le disposizioni testamentarie sono esonerate da queste formalità (2). L'obbiezione non tien conto del duplice carattere delle divisioni d'ascendente. A qual titolo i testamenti non sono soggetti a

---

(1) CASIER, *Studii sulla legge del 1851*, p. 30, n. 13. MARTOU, *Commentario della legge ipotecaria*, t. I, p. 58, n. 36.
(2) MARTOU, *Commentario della leggo del 1851*, t. I, p. 43, n. 23.

trascrizione? Come atti di disposizione. L'art. 1.° della legge ipotecaria è formale a questo riguardo, ma le divisioni d'una successione testamentaria sono soggette a trascrizione come ogni altra divisione. Ora la divisione d'ascendente tien luogo delle divisioni che farebbero i figli, e quindi come divisione deve essere trascritta. Non si gridi contro l'apparente anomalia di questa decisione. Ve ne hanno ben altre in questa difficile materia, e tutte dipendono dal duplice carattere della divisione d'ascendente. Non si può sopprimere uno dei caratteri; bisogna necessariamente tenerne conto. Ecco come avviene che un solo e medesimo atto, non soggetto alla pubblicità come atto a causa di morte, vi è però soggetto come atto dichiarativo di proprietà immobiliare.

105. La trascrizione delle divisioni solleva altre difficoltà, alle quali il legislatore non ha pensato quando ha equiparati gli atti traslativi e gli atti dichiarativi di proprietà. Vi ritorneremo trattando della conservazione dei privilegi.

N. 8. — Degli atti di risoluzione volontaria.

106. La legge ipotecaria assoggetta alla pubblicità mediante iscrizione le sentenze pronunciate sulle domande di nullità o di rivocazione d'un atto traslativo di proprietà immobiliare (art. 3). Parleremo più avanti di questa pubblicità speciale. Il codice non dice nulla della risoluzione volontaria che si fa mediante convenzione, senza l'intervento dell'autorità giudiziaria. Si deve conchiuderne che questi atti non devono essere trascritti? Si potrebbe crederlo stando al principio che domina la materia, cioè che non vi ha luogo a trascrizione se non in forza d'una disposizione della legge (n. 31). Sarebbe però un pessimo ragionamento. Senza dubbio occorre un testo perchè un atto debba essere trascritto, ma quando vi ha un testo che stabilisce una regola generale, questa deve ricevere applicazione a tutti i casi che rientrano in essa. Ecco il vero principio. Ora, l'articolo 1.° della legge ipotecaria dice in termini generali che *tutti* gli atti traslativi di diritti reali immobiliari devono essere trascritti. Dunque la trascrizione è richiesta per qualunque convenzione che contiene una trasmissione di proprietà. Spetta all'interprete applicare la regola. La sola cosa ch'egli abbia a fare è di esaminare se l'atto sia traslativo di proprietà immobiliare. Se sì, l'atto deve essere trascritto. Dobbiamo dunque vedere qual è il carattere e quali sono gli effetti d'una risoluzione volontaria d'un contratto traslativo di proprietà.

La convenzione traslativa di proprietà opera i suoi effetti per la sola volontà delle parti contraenti, anche quando non fosse stata fatta la tradizione e il prezzo non fosse stato pagato, trattandosi d'una vendita. È l'innovazione consacrata dall'art. 1138. Quand

dunque io vendo un immobile, la proprietà è trasferita al compratore dal momento che la vendita è perfetta. Se, in seguito, pattuisco col compratore che la vendita sarà risolta, quale sarà l'effetto di questa convenzione? Io aveva cessato d'essere proprietario. L'immobile era entrato nel patrimonio del compratore. Se conveniamo di risolvere la vendita, è per far sì che io rientri nella proprietà della cosa venduta. Ora, ciò non può avvenire che in forza d'una nuova convenzione la quale trasferisca la proprietà dal compratore a me. Vuol dire che si opera una seconda vendita, e quindi vi ha un nuovo atto traslativo di proprietà, il quale deve essere trascritto, in applicazione della regola generale stabilita dall'art. 1.° della legge ipotecaria. Era inutile consacrare questa applicazione con una espressa norma di legge. Il legislatore non dà alcuna applicazione, ma lascia questa cura all'interprete. Era inutile specialmente per la risoluzione volontaria, poichè l'applicazione del principio non soffre alcuna difficoltà. Lo dice il relatore della Camera dei rappresentanti, Lelièvre. Dopo aver dichiarato che la rinuncia ad un diritto reale immobiliare è soggetta alla trascrizione, egli soggiunge: « Sarà lo stesso degli atti contenenti *risoluzione*, *rescissione* o *rivocazione volontaria* dei contratti, perchè *evidentemente* queste convenzioni cadono sotto il prescritto della disposizione che assoggetta alla trascrizione gli *atti traslativi di diritti reali immobiliari*, e, del resto, i motivi che servono di base all'art. 1.° giustificano l'esigenza di questa formalità » (1).

107. Si domanderà perchè la risoluzione volontaria debba essere trascritta, mentre la risoluzione giudiziaria non va soggetta a trascrizione. La ragione è semplicissima. L'atto che le parti chiamano risoluzione volontaria è, in realtà, una nuova convenzione traslativa di proprietà, e, a questo titolo, deve essere trascritta, mentre la risoluzione giudiziaria annulla la convenzione che aveva trasferito la proprietà, e di tal guisa si ritiene che l'atto traslativo non sia mai esistito. Che risulta da ciò? Che l'antico proprietario, il venditore, se si tratta d'una vendita, fu sempre proprietario, mentre il compratore non lo è stato mai. Non vi è dunque alcun cambiamento di proprietà, e quindi non si può parlare di trascrivere la sentenza che pronuncia la risoluzione. Questa sentenza non tien luogo di titolo, e meno ancora di convenzione. Se il venditore è proprietario, lo è in forza del suo antico titolo (2).

Tuttavia la risoluzione interessa i terzi. Vi era un possessore proprietario apparente. Importa ai terzi sapere s'egli abbia cessato di esserlo. Ecco perchè la legge prescrive la pubblicità della domanda di nullità o di revocazione, come pure delle de-

---

(1) Lelièvre, prima *Relazione* addizionale (Parent, p. 185).

(2) Troplong, *Della trascrizione*, p. 404, n. 244. Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 97, n. 44.

cisioni pronunciate su questa domanda. Ritorneremo sull'argomento.

108. Bisogna distinguere se la convenzione risolta sia stata o no trascritta? Stando al principio stabilito dalla legge, la domanda non ha senso. Quello che rende necessaria la trascrizione è che la convenzione sotto condizione risolutiva è un atto traslativo di proprietà. Che importa, dopo ciò, che il contratto risolto sia o non sia stato trascritto? Così pure non si deve distinguere, come fanno alcuni autori, se la convenzione risolta volontariamente fosse revocabile retroattivamente o senza retroattività. Anche questa distinzione non ha senso. Se il contratto è risolto non lo è per la revocabilità, ma in forza d'una nuova convenzione. È dunque unicamente a questa che bisogna attenersi. È essa traslativa di proprietà? Ciò basta per decidere la questione della trascrizione (1).

109. Generalmente si ammette un'eccezione a questi principii. Se anche la risoluzione fosse amichevole, si dice, l'atto non è soggetto alla trascrizione quando colui che lo ha consentito non lo ha fatto che per evitare una risoluzione giudiziaria che era inevitabile. Così la risoluzione d'una vendita per mancanza di pagamento del prezzo non è soggetta a trascrizione se il compratore si trovava realmente nell'impossibilità di pagare il prezzo, perchè, in questo caso, la risoluzione, volontaria in apparenza, è in realtà forzata, di modo che la convenzione equivale ad una sentenza. Ora, la sentenza non è soggetta a trascrizione, perchè non opera una retrocessione. Deve accadere lo stesso della convenzione che tien luogo di sentenza, perchè vi ha l'identico motivo di decidere (2).

Ciò a noi sembra molto dubbio. Quando la risoluzione non opera di pien diritto deve essere chiesta giudizialmente. In tal caso, è il giudice che dichiara il contratto risolto in forza della condizione risolutiva tacita. Non vi sono dunque che due modi per risolvere un contratto, sia di pien diritto, sia giudizialmente. Perchè il contratto sia risolto di pien diritto, bisogna che la condizione risolutiva sia scritta nell'atto. Se non vi è scritta, il contratto non può essere risolto che con sentenza del giudice. Ciò esclude la risoluzione fatta per accordo delle parti. E la ragione è semplicissima. Quando nell'atto non fu stipulata la condizione risolutiva il contratto è irrevocabile. Può senza dubbio essere revocato col mutuo consenso (art. 1134), ma questa revoca non è possibile che per i fatti non compiuti. Non può dipendere dalle parti di annullare colla loro volontà un fatto che è compiuto in forza del contratto. Ora, tale è il trasferimento della proprietà. Essa si è effettuata in forza del contratto. Il compratore,

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 294, note 32 e 33, § 209, e gli autori in senso diverso che citano.

(2) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. II, p. 302, nota 59.

se si tratta d'una vendita, è divenuto proprietario: non è lecito alle parti dichiarare che non lo è mai stato, e che il venditore non ha cessato di esserlo. La legge non accorda questo potere che al giudice. Spetta al giudice vedere se vi ha realmente inadempimento delle obbligazioni da parte di uno dei contraenti e se, per conseguenza, è caso di pronunciare la risoluzione del contratto. Si obbietta che vi ha la stessa ragione del decidere. No. Può, a dire il vero, esservi una causa reale di risoluzione, ma può anche non esservi; e chi deciderà se una tale causa esiste o meno? Il giudice deve intervenire per constatare questo fatto. La legge non dà un simile potere alle parti, nè può darlo loro l'interprete. La risoluzione giudiziaria reagisce contro i terzi; essa annulla tutti i diritti che sono stati loro concessi. Si dirà che accade lo stesso della risoluzione amichevole? Non è ammissibile. Le parti non possono, colla loro volontà, revocare atti ch'esse hanno compiuto legittimamente. Invano si dice che la risoluzione è volontaria solo in apparenza, ma che in realtà essa è forzata. Abbiamo già risposto all'obbiezione. Soltanto il giudice può pronunciare una risoluzione forzata; le parti non hanno questo diritto. Dal punto di vista della trascrizione, ci pare certo. Supponiamo che il primo contratto sia stato trascritto. Il compratore è proprietario a riguardo dei terzi: egli può validamente fare qualunque atto di disposizione. Ed ecco che le parti convengono di risolvere la vendita. Questa risoluzione, si dice, non deve essere trascritta, eppure essa annulla retroattivamente il contratto. Come conciliare tale conseguenza col principio della trascrizione? Vi ha un atto pubblico in forza di cui il compratore è proprietario, e si vuole che indipendentemente da una sentenza, per la semplice volontà delle parti, il compratore sia considerato come se non fosse mai stato proprietario! Tanto la nostra legge ipotecaria quanto la legge francese prescrivono la pubblicità, mediante inscrizione, delle sentenze che pronunciano la risoluzione di un contratto traslativo di proprietà. E si vuole che, senza alcuna pubblicità, un proprietario riconosciuto come tale da un atto pubblico cessi di essere proprietario! Si vede come la pretesa analogia che si invoca non esiste. La risoluzione giudiziaria è soggetta alla pubblicità coll'inscrizione della domanda, coll'inscrizione delle sentenze, mentre la condizione risolutiva resta segreta. Vi ha analogia, in materia di trascrizione, fra un atto pubblico e uno clandestino?

110. Vi hanno risoluzioni che si effettuano mediante retratto. Sono esse soggette alla trascrizione? Tali sono il retratto successorio (art. 841), il retratto d'indivisione (art. 1408), il retratto litigioso (art. 1699). Non parliamo della facoltà di riscatto, che non è un retratto, ma una risoluzione la quale ha luogo in forza d'una condizione risolutiva stipulata dalle parti, mentre il retratto propriamente detto si fa in forza della legge, e, occorrendo, anche contro la volontà le parti.

Quale è il principio che governa i retratti, per quanto riguarda la trascrizione? Si insegna che gli atti constatanti l'esercizio d'una facoltà legale di retratto non sono soggetti a trascrizione, pel motivo che il retratto legale non opera un nuovo trasferimento di proprietà, ma è piuttosto, si dice, una surrogazione di chi esercita il retratto nei diritti di colui contro il quale il retratto viene esercitato. La ragione sarebbe decisiva se realmente il retratto non fosse che una surrogazione, e non desse luogo a una nuova trasmissione di proprietà. Gli è così in tutti i casi di retratto? Ci pare impossibile rispondere alla questione in modo assoluto. Che cosa vi ha di comune fra il retratto successorio ed il retratto d'indivisione? Nulla, salvo il nome. Non si può dunque stabilire un principio generale. Bisogna, per ogni caso di retratto, esaminare se esso trasferisce o meno la proprietà. La risposta decide la questione della trascrizione. Noi ci siamo già pronunziati esponendo i principii che reggono i diversi retratti. Basterà ricordare quello che dicemmo altrove.

Nel caso di retratto successorio è vero che non vi ha nuova vendita, e quindi non vi ha atto traslativo di proprietà, e, per conseguenza, l'atto che constata il retratto non deve essere trascritto (vol. X, n. 386). Accade lo stesso del retratto litigioso: esso non opera rivendita, e ove non vi è atto traslativo di proprietà non può parlarsi di trascrizione (vol. XXIV, nn. 604-606).

Rimane il retratto d'indivisione. Qui la decisione è difficile e dubbia, perchè la natura del retratto e i suoi effetti sono controversi. Secondo l'opinione da noi insegnata, il retratto è soggetto a trascrizione. Infatti, esso costituisce ora un acquisto, il che rende necessaria la trascrizione, ora una divisione, e, anche in questo caso, deve essere trascritto, poichè, secondo la nostra legge ipotecaria, sono soggetti alla trascrizione tanto gli atti dichiarativi quanto gli atti traslativi. Rimandiamo a quello che si è detto al titolo che è la sede della materia (vol. XXI, n. 348). Vi è un'altra opinione secondo la quale vi ha semplicemente surrogazione, il che conduce alla conseguenza che il retratto non deve essere trascritto (1).

110 *bis*. Si presenta un'altra difficoltà in materia di retratto. Supponiamo che l'atto di vendita nel quale chi esercita il retratto è surrogato non sia stato trascritto. Chi esercita il retratto deve, in questo caso, fare la trascrizione, e che cosa deve trascrivere? Secondo la teoria della surrogazione, la risposta è semplicissima (2). Chi esercita il retratto esercita tutti i diritti di colui al quale è surrogato, come se egli stesso avesse figurato nel contratto, ma non ha maggiori diritti di lui. Se dunque il compratore o il cessionario non ha trascritto, chi esercita il

(1) Vedi, su questa materia e in senso diverso, AUBRY e RAU e gli autori che citano (t. II, p. 302, note 62-65, § 209).

(2) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 158, n. 242.

retratto e si sostituisce a lui non sarà proprietario riguardo ai terzi. Perchè egli possa opporre il suo diritto ai terzi, deve trascrivere, ed è l'atto nel quale viene surrogato che deve trascrivere, perchè è in forza di questo ch'egli è proprietario. Non deve trascrivere l'atto di retratto, perchè il medesimo non è traslativo di proprietà. Sarebbe stato indubbiamente utile prescrivere una qualsiasi pubblicità del retratto, per avvertire i terzi che chi esercita il retratto prende il posto di colui che figura nell'atto. Ma non basta che la pubblicità sia utile. Perchè debba aver luogo bisogna che sia ordinata dalla legge. Ora, la nostra legge non assoggetta alla pubblicità mediante iscrizione che la surrogazione ad un credito privilegiato o ipotecario (art. 5); essa non esige la pubblicità dei retratti. Ne risulta una anomalia. La surrogazione ad un credito, vale a dire ad un diritto mobiliare, deve essere resa pubblica, e la surrogazione ad una vendita immobiliare non va trascritta nè inscritta. È per l'interesse che hanno i terzi a conoscere la surrogazione che Troplong insegna che il retratto deve essere trascritto. Se non si trascrive, i terzi sapranno che vi ha una vendita, ma non conosceranno il vero compratore, e per conseguenza la pubblicità è incompleta (1). Senza dubbio; ma ciò non prova che una cosa, cioè che la legge avrebbe dovuto prescrivere la pubblicità della surrogazione. Essa non l'ha fatto; è questa una lacuna che l'interprete non può colmare.

N. 9. — Delle clausole aggiunte al contratto.

111. Dopo aver trascritto il contratto, le parti vi aggiungono delle clausole che lo modificano. Si domanda se queste nuove convenzioni debbano pure essere trascritte. Il testo non prevede l'ipotesi, e dal silenzio della legge si potrebbe indurre che le clausole modificative non sono soggette alla trascrizione, in forza del principio che non vi ha luogo trascrizione, se non nei casi previsti dalla legge. Sarebbe però un pessimo ragionamento. Per decidere se un atto deve essere trascritto, bisogna vedere se rientra nei termini della regola stabilita dall'art. 1.° della legge ipotecaria. Ora, la regola stabilisce che gli atti devono essere trascritti *integralmente*, e quindi tutte le clausole dell'atto soggetto alla trascrizione devono essere rese pubbliche mediante la trascrizione. Ma le clausole modificative fanno parte dell'atto poichè vi aggiungono o ne tolgono qualche cosa. Questo è decisivo. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Perchè essa vuole la trascrizione integrale? Per illuminare completamente i terzi che hanno interesse a conoscere l'atto traslativo

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 406, nn. 247, 249, 250.

di proprietà, affine d'impedire che rimangono ingannati. Ora, se le nuove clausole non fossero rese pubbliche, i terzi, invece d'essere illuminati, sarebbero indotti in errore. La pubblicità parziale trarrebbe in inganno: essa non raggiunge il suo scopo se non quando è completa.

112. Sarebbe così anche quando le nuove clausole non cadessero sul cambiamento. Si insegna il contrario, è vero, e in teoria cioè pare molto speciosc. Che cosa hanno interesse a conoscere i terzi? Le clausole modificative che hanno per effetto di cambiare il carattere, la portata, l'oggetto o le condizioni essenziali della trasmissione. Sono queste clausole che bisogna trascrivere. Siccome le altre clausole non interessano i terzi, se ne conchiude che è inutile trascriverle (1). Si dimentica però il principio scritto nell'art. 1.° della nostra legge. L'atto deve essere trascritto integralmente, senza distinguere fra le clausole che riguardano il cambiamento e quelle che vi fossero estranee. Lo abbiamo già osservato. L'interesse che i terzi possono avere a conoscere l'una o l'altra clausola non può essere determinato *a priori*. Basta che per sua natura l'atto interessi i terzi, vale a dire che sia traslativo di proprietà, perchè la legge ne debba ordinare la pubblicità. Essa non può dire anticipatamente: la tal clausola interessa i terzi, la tal'altra non li interessa. L'interesse è una questione di fatto. È per garantire tutti gli interessi che la legge prescrive la più larga pubblicità.

113. Abbiamo supposto atti traslativi di proprietà. S'intende che accade lo stesso degli atti dichiarativi. Se i condividenti aggiungono clausole all'atto di divisione, dovranno essere trascritte, altrimenti non potranno opporle ai terzi. Poco importa quale sia l'oggetto di queste clausole. In diritto, la cosa è incontestabile. In fatto, i terzi che respingono una clausola non trascritta devono provare che avevano interesse a conoscerla, perchè non vi ha azione nè eccezione senza interesse.

§ III. — *Delle locazioni.*

114. L'art. 1.° della legge ipotecaria assoggetta alla trascrizione le locazioni eccedenti i nove anni, o contenenti quietanze di almeno tre anni di fitto. Perchè queste locazioni devono essere trascritte? La locazione non attribuisce alcun diritto reale al conduttore; questi non ha che un diritto di credito contro il locatore. L'art. 1743 deroga a questo principio, senza abolirlo. Abbiamo esposto, al titolo della *Locazione*, la controversia sollevata su questo punto da un paradosso di Troplong. La giuris-

---

(1) Casier, *Studii sulla legge ipotecaria*, p. 33, n. 16. Cloes, *Commentario della legge del 1851*, p. 29, n. 44.

prudenza l'ha respinto, e fra gli scrittori, soltanto i più fervidi amanti delle novità tentano sostenere una tesi ingiustificabile. Ad ogni modo il codice civile ha portato una grave modificazione all'antico diritto. Dal principio che il conduttore non ha che un diritto di credito contro il locatore si deduceva, nell'antica giurisprudenza, la conseguenza logica che in caso di vendita della cosa locata il conduttore poteva essere espulso dall'acquirente. Con questo sistema i terzi compratori non avevano alcun interesse alla pubblicità delle locazioni. Se la locazione non conveniva loro, espellevano il locatario o affittuario. Ma dopo che il conduttore può opporre la sua locazione all'acquirente, purchè abbia data certa, i terzi sono interessati a che le locazioni siano rese pubbliche.

Coloro che si propongono di comperare hanno interesse a sapere se la cosa sia occupata o debba esserlo da un locatario o da un affittuario, e quale sarà la durata dell'occupazione. Secondo il codice civile, essi devono rispettare ogni locazione, per quanto ampia anche di 99 anni, purchè abbia data certa. E non avevano alcun mezzo di conoscere l'esistenza di queste locazioni, poichè la legge non prescriveva alcuna pubblicità. La clandestinità delle locazioni produceva riguardo ai terzi effetti altrettanto disastrosi quanto la clandestinità degli atti traslativi di proprietà. Che importava loro che si trattasse di un semplice diritto di credito? Essi dovevano rispettare la locazione come se ne risultasse un diritto reale. Non basta. Il conduttore poteva opporre loro la locazione, per quanto riguarda le obbligazioni del locatore. Surrogati nei suoi diritti, i terzi erano surrogati anche nelle sue obbligazioni. Ne risultava ch'essi avevano pesi onerosi senza godere della cosa come avrebbero voluto. Così la locazione clandestina alterava considerevolmente il valore della cosa, e quindi ledeva il diritto dei terzi acquirenti. Era una ragione decisiva per sostituire alla clandestinità la pubblicità.

Anche i terzi creditori ipotecarii sono interessati a che le donazioni sieno rese pubbliche. La loro garanzia consiste nel diritto di preferenza ch'essi esercitano sul prezzo della cosa destinata alla sicurezza del credito. Perchè questa garanzia sia efficace, bisogna che l'immobile ipotecato, in caso d'espropriazione, sia portato al suo vero valore. Ora, se l'immobile è affittato a lunghi termini, non si presenteranno acquirenti, e coloro che offriranno all'incanto lo faranno a condizioni rovinose per i creditori. Questi perderanno una parte del loro credito, poichè il prezzo non raggiunge il valore sul quale contavano (1).

---

(1) **Queste considerazioni sono state esposte benissimo da Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 351, n. 140. Esse si trovano sostanzialmente nella Relazione della commissione speciale (Parent, p. 13), e nella Relazione del Senato (Parent, p. 398).**

115. Queste ragioni sono generali, e logicamente avrebbero legittimato la pubblicità di tutte le locazioni, in quel modo che deve essere reso pubblico ogni atto traslativo di proprietà, qualunque sia il valore dell'immobile alienato, o del diritto reale costituito sopra un immobile. Perchè dunque la legge limita la necessità della trascrizione alle locazioni che eccedono i nove anni? Il legislatore ha voluto conciliare i varii interessi che si trovano in conflitto in questa materia. I terzi sono interessati alla pubblicità di qualunque locazione. Ma sarebbe una gran noia per i proprietarii e i conduttori, ne verrebbe inoltre una spesa che il locatore addosserebbe ordinariamente al locatario. D'altra parte, l'interesse che i terzi hanno alla pubblicità diminuisce colla durata della locazione. Anzitutto i terzi conoscono di regola l'esistenza della locazione, perchè il conduttore è in possesso della cosa locata, e dal momento che esiste una locazione, essi devono aspettarsi che questa abbia la durata ordinaria delle locazioni d'immobili, ossia nove anni. Il legislatore ha tenuto conto di un tal fatto anche in altre materie. Esso permette all'usufruttuario ed agli amministratori legali di farè locazioni di nove anni, perchè è questa la durata ordinaria delle locazioni di case o di fondi. Ciò non vuol dire che le locazioni le quali eccedono i nove anni cambino natura e conferiscano un diritto reale ai conduttori. La locazione, qualunque sia la sua durata, resta sempre un diritto personale. Ma più la locazione si prolunga, più importa ai terzi di conoscerla, perchè maggiormente deprezza la proprietà. Per qual motivo il legislatore ha fissato a nove anni il limite oltre il quale si ritiene che i terzi siano interessati alla pubblicità della locazione? Il limite è evidentemente arbitrario, come tutti i termini che la legge stabilisce. La legge francese del 1855 l'ha fissato a diciotto anni. Quello stabilito dalla nostra legge ipotecaria è più conforme all'uso, ed estendendo la pubblicità essa tutela meglio l'interesse dei terzi.

116. Vediamo ora in che cosa la nuova legge deroghi al codice civile. Secondo l'art. 1743, bastava che una locazione avesse data certa perchè l'acquirente fosse obbligato a rispettarla, qualunque fosse del resto la durata della locazione. Secondo la legge ipotecaria, bisogna distinguere. Se la locazione è di nove anni non deve essere trascritta. Dovrà dirsi per questo che ogni locazione di nove anni vincola l'acquirente? No, la nuova legge non si occupa delle locazioni di nove anni. Esse restano per conseguenza sotto l'impero del codice civile. L'acquirente dovrà rispettarle se hanno data certa. Se la locazione eccedesse nove anni, obbligherebbe ancora l'acquirente, quando avesse data certa, qualunque fosse la durata della locazione. Secondo la nuova legge, non basta che la locazione abbia data certa perchè l'acquirente sia tenuto a rispettarla; bisogna ch'essa sia trascritta, il che implica che deve essere autentica. È una duplice derogazione al codice civile.

La trascrizione non è una condizione di validità dell'atto che

vi è soggetto, ma una forma di pubblicità richiesta nell'interesse dei terzi. Ne risulta che la locazione eccedente i nove anni la quale non sia trascritta non può essere opposta ai terzi quantunque sia valida fra le parti. Stando al rigore del principio di pubblicità, una locazione ultranovennale non trascritta, dovrebbe essere considerata come inesistente a riguardo dei terzi nello stesso modo che non può loro essere opposta una vendita non trascritta. La legge ipotecaria deroga a questo principio: essa decide che la locazione non trascritta sarà ridotta, quanto alla sua durata, conformemente all'art. 1429, il che vuol dire che potrà essere opposta ai terzi pel periodo di nove anni nel quale il conduttore si trova al momento della vendita. Ritorneremo su questa disposizione trattando degli effetti della trascrizione. Pel momento ci limitiamo a stabilire il principio. Quale è la ragione della differenza che la legge stabilisce tra le locazioni e gli atti traslativi di proprietà? La vendita, per quanto sia modico il valore della cosa venduta, non può essere opposta ai terzi se non è trascritta, mentre le locazioni di nove anni non devono essere trascritte. Ne consegue che la locazione deve sempre valere per il novennio nel quale il conduttore si trova impegnato. Infatti, secondo il sistema della legge, una locazione contratta per nove anni si ritiene che non interessi i terzi. Dunque il conduttore deve sempre avere il diritto d'opporre ai terzi una locazione per una durata che non eccede questo termine.

117. Rimane una difficoltà che il legislatore non ha decisa. Una locazione di nove anni vien rinnovata per lo stesso termine durante il corso del primo contratto. Se, al momento della vendita dell'immobile, il conduttore è entrato nel secondo periodo novennale, non vi ha dubbio. Questa ipotesi rientra in quella che è prevista dal testo della legge. Il conduttore può sempre opporre ai terzi una locazione per un termine di nove anni. Ma che dovrà dirsi se il conduttore si trova ancora nel primo periodo? Potrà egli finire la prima locazione e approfittare inoltre della locazione di nove anni che deve cominciare alla fine della prima? La questione è controversa secondo la legislazione belga e secondo la legislazione francese.

A nostro avviso, le due locazioni saranno valide, purchè siano state fatte in buona fede, ossia purchè le parti non abbiano voluto estendere il limite che l'art. 1.° della legge ipotecaria stabilisce in questa materia. Supponiamo che le parti abbiano rinnovato una locazione urbana due anni prima del termine della locazione corrente, od una locazione rustica tre anni prima. Sono i termini nei quali la legge permette agli amministratori legali di rinnovare la locazione per un termine di nove anni. Al momento della vendita deve decorrere ancora un anno dall'antica locazione. Potrà il conduttore opporre all'acquirente la sua antica locazione per un anno ed una nuova locazione per nove anni? Rispondiamo di sì, purchè la locazione sia stata rinno-

vata in buona fede. È uso rinnovare le locazioni prima del loro termine. È una necessità per le parti contraenti. Il locatore è interessato a che cominci una nuova locazione nel momento in cui finisce la prima, per non perdere il reddito della cosa locata. Il conduttore non può aspettare fino al momento in cui spira la prima locazione per trovare un altro alloggio od un altro fondo. E l'interesse particolare è in armonia coll'interesse generale, perchè la ricchezza pubblica aumenta colla ricchezza degli individui. La società è dunque interessata a che gli immobili procurino ai proprietarii i frutti che sono destinati a produrre.

Ne concludiamo essere impossibile che il legislatore abbia inteso, in materia di trascrizione, che le locazioni non venissero rinnovatè che allo spirare della locazione esistente, nel senso che il conduttore fosse obbligato, alla fine della prima locazione, ad abbandonare i luoghi locati senza poter approfittare della rinnovazione della locazione. Questo sistema condurrebbe a conseguenze inammissibili. Supponete che la prima locazione abbia ancora una durata d'un mese al momento della vendita. Potrà il conduttore essere espulso alla fine di questo mese, benchè abbia avuto la prudenza di rinnovare la sua prima locazione? Diciamo che questa conseguenza attesta contro l'interpretazione dalla quale deriva. Infatti ne risulterebbe che il conduttore sarebbe espulso in un momento in cui potrebbe non trovare nè casa nè fondo. Il legislatore permette all'amministratore dei beni altrui di rinnovare le locazioni due o tre anni prima del loro termine, di modo che la locazione rinnovata può cominciare in un tempo in cui i poteri dell'amministratore sono cessati. Questo prova che secondo lo spirito della legge le parti devono avere il diritto di rinnovare la locazione prima del suo termine, di modo che la locazione rinnovata sarà valida come se fosse stata consentita al momento in cui è cessata la prima locazione. Questo principio va applicato in materia di trascrizione. Il conduttore deve approfittare della locazione rinnovata, quantunque la prima non sia ancora spirata, perchè la rinnovazione si ritiene fatta allo spirare dell'antica locazione.

La sola difficoltà è questa. Le epoche di due e tre anni stabilite dall'art. 1429 sono applicabili di pien diritto in materia di trascrizione, di modo che una locazione rinnovata due o tre anni avanti lo spirare della prima sarebbe presunta di buona fede, e potrebbe essere invocata dal conduttore contro l'acquirente allo spirare della prima locazione? A nostro avviso, no. La legge ipotecaria rimanda all'art. 1429, non rimanda all'articolo 1430. Ora, non si può dire che la legge applichi tacitamente una disposizione relativa alle locazioni consentite da amministratori quando si tratta di vedere se i conduttori devono trascrivere e la locazione essere rinnovata. L'art. 1430, quantunque fondato sull'equità e sull'interesse di tutti, è una disposizione arbitraria, nel senso che stabilisce epoche arbitrarie. Basta

perchè non si possa estenderla da un caso ad un altro. La questione della trascrizione è ben diversa da quella risoluta dall'art. 1430. Secondo la nuova legge ipotecaria, le locazioni che eccedono i nove anni devono essere trascritte. Questo impedisce forse alle parti di rinnovare le locazioni senza essere tenuti a trascrivere la nuova? No, purchè la rinnovazione abbia luogo in buona fede. Quando vi ha buona fede? Quando vi ha intenzione d'eludere la legge? È una questione di fatto che il legislatore non decide e che lascia per conseguenza all'apprezzamento del giudice. Può darsi che la locazione rinnovata alle epoche determinate dall'art. 1430 lo sia stato in frode della legge, ossia in un momento in cui le parti sapevano che la cosa locata doveva essere venduta. In questo caso, la locazione rinnovata sarà fraudolenta, e, per conseguenza, il conduttore non potrà invocarla contro l'acquirente. Al contrario, può accadere che una locazione sia stata rinnovata in buona fede prima dell'epoca di due o tre anni, quando si tratta per esempio d'una fabbrica o d'un fondo a grande coltura. Il giudice, in questo caso, manterrà la locazione a vantaggio del conduttore, quantunque non trascritta e quantunque, al momento della vendita, la prima locazione non sia spirata (1).

118. Ordinando la trascrizione delle locazioni che eccedono i nove anni la legge ha voluto garantire gli interessi dei terzi che trattano col proprietario dopo che queste locazioni sono state consentite. Se, al momento in cui un terzo acquista o stipula un'ipoteca, tali locazioni non furono rese pubbliche mediante la trascrizione, non possono essere opposte ai terzi acquirenti nè ai terzi creditori ipotecari che hanno cura di adempiere le formalità richieste dalla legge per la conservazione dei loro diritti. Quando l'acquirente ha trascritto il suo atto d'acquisto, egli è proprietario a riguardo dei terzi, e non gli si può più opporre alcun atto non trascritto procedente dal proprietario antico. Anche i creditori ipotecarii sono garantiti contro le locazioni che il proprietario avesse consentite prima dell'iscrizione dell'ipoteca. Ma, siccome il debitore resta proprietario dell'immobile ipotecato, può concederlo in affitto. Bisognava dare anche al creditore ipotecario una garanzia contro le locazioni che il debitore consente posteriormente all'iscrizione dell'ipoteca. Tale è l'oggetto dell'art. 45 della legge ipotecaria, il quale dispone: « Le locazioni contratte in buona fede dopo la costituzione dell'ipoteca saranno rispettate. Tuttavia se furono contratte per un termine eccedente nove anni, la loro durata sarà ridotta conformemente all'art. 1429 del codice civile ». Ritorneremo su questa disposizione al capo delle *Ipoteche*.

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 62, n. 41. Cfr. CASIER, p. 36, n. 19, e CLOES, t. I, p. 35, n. 58. La questione è controversa anche in Francia. Vedi, nel senso della mia opinione, TROPLONG, p. 278, n. 117, e FLANDIN, t. I, p. 356, nn. 502 e 503. In senso contrario, MOURLON, t. I, p. 355, n. 144.

119. La legge assoggetta alla trascrizione anche le locazioni che contengono quitanze per almeno tre anni di pigione (art. 1.°). Osserviamo anzitutto che la pubblicità è richiesta per ciò solo che l'atto constata un pagamento anticipato di tre anni di pigione, qualunque sia la durata della locazione, anche se non eccedesse i nove anni. La legge prescrive la pubblicità unicamente pel pagamento anticipato delle pigioni. Bisogna aggiungere, o degli *affitti*. La parola *pigioni* si prende sovente come termine generale comprendente le locazioni rustiche. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Non vi ha alcuna ragione di fare una differenza fra le due specie di locazioni, per quanto riguarda la trascrizione. Essa è anzi più necessaria nelle locazioni rustiche, poichè in queste particolarmente si usano i pagamenti anticipati. Così venne stabilito nella seconda votazione (1).

Quali sono i motivi per cui ogni locazione deve essere trascritta quando contiene una quietanza per almeno tre anni di pigione? Questo fatto interessa i terzi acquirenti, poichè diminuisce il loro godimento reale, il quale non comincia che quando il conduttore paga le pigioni o gli affitti nelle loro mani. I terzi creditori ipotecarii hanno interesse a conoscere i pagamenti anticipati, perchè, in caso di vendita forzata, l'immobile sarà alienato per un prezzo minore del suo valore reale, in forza della diminuzione di godimento che risulta per l'aggiudicatario. Siccome l'interesse dei terzi è compromesso da ogni pagamento anticipato, la legge avrebbe dovuto logicamente esigere la pubblicità delle locazioni, dato un simile pagamento, fosse pure soltanto di un anno o meno. La legge non lo ha fatto, perchè ha tenuto conto, in questa materia, di tutti gli interessi. In quel modo che non ha assoggettato alla trascrizione le locazioni di nove anni, così non ha voluto esigerla per il minor pagamento, che si facesse anticipatamente. Questi pagamenti sono usuali nelle locazioni rustiche, e quindi i terzi devono aspettarseli, a meno che non eccedano le clausole comuni. Restava a fissare un termine, che è necessariamente arbitrario, come quello che la legge ha stabilito per la durata delle locazioni (2).

120. La legge esige la trascrizione, pei pagamenti anticipati, quando sono constatati nel contratto. Può darsi che simili pagamenti si facciano durante il corso della locazione, o che il locatore ceda le pigioni o gli affitti non scaduti per procurarsi fondi di cui ha bisogno. Questi atti saranno soggetti alla trascrizione? La negativa è certa, poichè il silenzio della legge decide la questione. Infatti, le pigioni o gli affitti sono un debito personale, e quindi un semplice diritto di credito pel locatore,

(1) Debbecque, *Commentario legislativo*, p. 21, n. 19. Parent, p. 382 e seg.

(2) Martou, *Commentario della legge del 1851*, p. 62, n. 40. Troplong, *Della trascrizione*, p. 281, n. 122. Lelièvre, Relazione della commissione della Camera dei rappresentanti (Parent, p. 115).

dunque un diritto mobiliare, ed i diritti mobiliari sono estranei alla legge ipotecaria. È per eccezione che la legge assoggetta le locazioni alla trascrizione. Questa eccezione va interpretata ristrettamente e non concerne i pagamenti anticipati se non quando sono constatati dall'atto di locazione. Quando dunque questi pagamenti si fanno nel corso della locazione, si è fuori del testo, e senza legge che l'ordina, non si può parlare di trascrizione. Riguardo alla cessione delle pigioni e degli affitti, trattasi della cessione d'un credito, e quindi di un atto traslativo d'un diritto mobiliare, non soggetto, come tale, alla trascrizione. Anche l'art. 3, che stabilisce una pubblicità speciale per i crediti *ipotecarii* o *privilegiati*, non è applicabile perchè questa disposizione suppone un privilegio sopra immobili, come diremo più avanti.

Era stato proposto, durante la discussione, per via di petizione, di estendere la pubblicità alle quitanze di pigioni non scadute che fossero pagate anticipatamente o cedute nel corso della locazione. Questa proposta ha formato oggetto d'una relazione speciale della commissione della camera dei rappresentanti (1). La commissione ha temuto che, ordinando la trascrizione di questi atti, la legge legittimasse convenzioni che sono quasi sempre fatte in frode dei terzi. Ciò decide la questione della trascrizione, la quale, del resto, non è dubbia. Rimane a sapere se questi atti possono essere opposti ai terzi. Il relatore si pronuncia per la negativa invocando la dottrina e la giurisprudenza. Martou, nel suo eccellente commentario, osserva che tale opinione è lungi dall' essere generalmente seguita. Egli cita scrittori e numerose sentenze le quali decidono, al contrario, che i pagamenti anticipati eseguiti sia in forza dell'atto, sia posteriormente, come pure le cessioni di pigioni, sono validi quando le relative convenzioni sono fatte in buona fede. Il commentatore si uniforma, del resto, al parere della commissione (2). Noi preferiamo l'opinione che prevalse nella giurisprudenza, e che è insegnata da Duvergier e da Troplong.

I frutti, si dice, appartengono al proprietario (art. 520), e quindi all'acquirente quando sono pendenti o dovuti all'atto del suo acquisto, e per la stessa ragione al creditore ipotecario che ha un diritto sulla cosa e per conseguenza sui frutti quali accessori. Senza dubbio accade così quando il proprietario ha ancora il suo diritto ai frutti, ma egli può disporne. La disposizione che ne fa è un atto traslativo d'un diritto mobiliare, e un simile atto è opponibile ai terzi senza alcuna forma di pubblicità, salvo la notifica al debitore, quando si tratta d'un credito. Una vendita mobiliare è valida fra le parti e a riguardo dei terzi per virtù del semplice perfezionamento del contratto, e quindi il compratore può opporre

(1) PARENT, *Documenti*, p. 373 e seg.
(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, p. 64, n. 42.

il suo diritto ai terzi. È questo il principio del codice civile (art. 1138), cui non ha derogato la legge ipotecaria. In applicazione di tale principio bisogna decidere che il cessionario delle pigioni e degli affitti che rappresentano i frutti può opporre la sua cessione ai terzi. Per la identica ragione i pagamenti anticipati che fa il conduttore sono validi fra le parti ed a riguardo dei terzi. La giurisprudenza vi aggiunge una condizione, cioè che in caso di frode i terzi acquirenti o creditori ipotecarii possono impugnare simili atti. È il diritto comune. Ma la frode forma sempre eccezione, e non si può trasformare l'eccezione in regola, presumendo la frode.

Si obbietterà che la questione è pregiudicata e decisa dalla relazione della commissione? Risponderemo che le relazioni delle commissioni sono senza dubbio un'autorità, ma un'autorità puramente dottrinale. Quanto alla Camera, essa ha respinto la proposta fatta dal preopinante di assoggettare alla trascrizione i pagamenti e le cessioni di pigioni posteriori al contratto; non ha deciso che questi pagamenti e cessioni non potevano essere opposti ai terzi. La questione resta dunque impregiudicata.

Diversa è la questione di sapere se la Camera ha fatto bene a respingere la proposta del preopinante di assoggettare alla pubblicità i pagamenti anticipati e le cessioni di pigioni. La ragione data dal relatore non è determinante. Prescrivere la trascrizione d'una convenzione non è legittimare nè convalidare questa convenzione. La pubblicità la porta a conoscenza dei terzi interessati, salvo a questi impugnarla se è nulla. La trascrizione non sana la nullità. E basta che tali stipulazioni interessino i terzi perchè la legge avesse dovuto ordinare di renderle pubbliche, come ha fatto per le locazioni che contengono quitanza d'un pagamento anticipato di tre anni di pigione. E' quello che prescrisse la legge francese del 1855 (1).

121. Permane un dubbio che è un'obbiezione seriissima contro la dottrina consacrata dalla giurisprudenza. Abbiamo insegnato, conformemente alla giurisprudenza, che il creditore anticretico non può opporre ai terzi il suo diritto di ritenzione e di godimento, e dicemmo, colla giurisprudenza, che la cessione di pigioni o di affitti può essere opposta ai terzi. Non è questa una contraddizione? Vi ha differenza fra le due convenzioni. Il locatore che cede le pigioni e gli affitti cede un credito che gli appartiene poichè ha diritto alle pigioni ed agli affitti in forza del suo contratto. Questa convenzione è una cessione di credito, valida come tale fra le parti, ed a riguardo dei terzi,

---

(1) L'art. 2, n. 5, ordina la trascrizione di tutte le cessioni o quitanze d'una somma equivalente a tre annate di pigioni o di affitti non scaduti; poi la legge decide che fino alla loro trascrizione, queste cessioni o quitanze non potranno essere opposte ai terzi che hanno diritti sull'immobile e che li hanno conservati, conformandosi alle leggi. Cfr. una sentenza di Caen, del 21 dicembre 1874 (DALLOZ, 1876, 2, 81).

se è stata notificata o accettata. Questa formalità tien luogo di pubblicità, nel sistema del codice, e si reputa che tuteli l'interesse dei terzi. Vi ha dunque un testo (art. 1690) che decide la questione. Non così dell'anticresi. Il proprietario d'un fondo ne cede il godimento al suo creditore. Qui si può applicare quello che Martou dice del diritto ai frutti. I frutti percipiendi appartengono al proprietario come accessorio del suolo. Dando il fondo in anticresi, egli non cede un diritto sulla cosa all'anticresista, gli permette soltanto di percepire i frutti. Se poi aliena il fondo, o lo grava di un'ipoteca, sorge conflitto fra un creditore che non ha alcun diritto sulla cosa e terzi che hanno un diritto sul fondo e, per conseguenza, sui frutti. Chi deve prevalere? Il creditore anticretico non fa suoi i frutti che colla percezione. I frutti attaccati al suolo o i frutti futuri restano proprietà del proprietario del fondo, e quindi questi ha potuto disporne alienando il fondo o smembrandolo. L'anticresista non ha che un diritto di credito contro il debitore, mentre l'acquirente e il creditore ipotecario hanno un diritto sulla cosa, e quindi questi devono essere preferiti al creditore anticretico.

Sezione. II. — Quali atti devono essere trascritti.

122. *Tutti* gli atti, dice la legge ipotecaria, quando sono traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, come pure le locazioni determinate dalla legge. Significa ciò che gli atti anteriori alla nuova legge debbano essere trascritti al pari degli atti posteriori? Abbiamo esaminato la questione trattando della non retroattività delle leggi (vol. I, n. 220). La negativa è ammessa da tutti; solo si è avuto torto d'invocare, nella discussione della legge ipotecaria, il principio dell'art. 2, secondo il quale la legge non ha effetto retroattivo. Quello che avrebbe potuto dirsi si è che vi ha una retroattività morale la quale non vale certo meglio della retroattività legale. Coloro che hanno comperato immobili sotto l'impero del codice civile sono divenuti proprietarii a riguardo dei terzi per solo effetto del contratto. Se si fossero assoggettati alla formalità ed alle spese della trascrizione, si sarebbe attentato, non ad un diritto legalmente acquisito, ma ad una posizione che le parti contraenti hanno dovuto credere definitivamente stabilita. Non si sarebbe leso un diritto, ma si sarebbero offesi interessi, convenienze. Ora, il legislatore, che è l'organo degli interessi di tutti, deve evitare di offenderli. Ecco perchè, nel passaggio da una antica ad una nuova legislazione, bisogna prendere misure di prudenza, per non eccitare malcontenti. Le nuove leggi stentano già a penetrare nei costumi. Basta che richiedano spese, come la legge di trascrizione, per indisporre gli animi, mentre il dovere del legislatore è di conciliarli. Anche le leggi sulla trascrizione

hanno sempre risparmiato gli interessi sorti sotto l'impero delle leggi antiche. La legge di messidoro anno III, la legge di brumaio anno VII, dichiaravano espressamente che le vendite anteriori alla nuova legge sarebbero state governate dalle leggi precedenti. È lo stesso della legge francese del 23 marzo 1855 (art. 11) (1). La legge belga non si pronuncia su questo punto. Il silenzio si spiega coll'opinione dominante allora nelle Camere che la trascrizione non poteva essere applicata agli atti anteriori, senza violare il principio della non retroattività. Era un errore, ma l'errore stesso indica la volontà del legislatore. Soggiungeremo che sarebbe stato bene formulare questa volontà nella legge. La discussione non è la legge, anche quando il relatore o il ministro ne espone il senso. È certo una grande autorità; ma solo il testo obbliga. Lo si dimentica troppo sovente contentandosi di spiegazioni. In materia di legislazione, bisognerebbe sempre ricordarsi l'adagio di Talleyrand. Se vi hanno cose che si comprendono da sè, si comprendono assai meglio quando sono espresse.

123. La legge francese del 1855 reca che le disposizioni della nuova legge sulla trascrizione non sono applicabili agli atti che hanno acquistato data certa ed alle sentenze pronunciate avanti il 1.° gennaio 1856. Il loro effetto, dice l'art. 2, è regolato dalla legislazione sotto l'impero della quale sono intervenuti. Il principio, quale è formulato dalla legge francese, è applicabile anche alla legge belga, salvo la disposizione che non rende la nuova legge obbligatoria, per quanto riguarda la trascrizione, che a partire dal 1.° gennaio 1856, benchè fosse stata pubblicata il 23 marzo. È una misura di favore che deroga al rigore dei principii. Va da sè ch'essa non è applicabile nel Belgio. Non avviene lo stesso della questione di sapere quali siano gli atti anteriori alla nuova legge che sono dispensati dalla pubblicità. Bisogna, secondo la legge francese, ch'essi abbiano data certa della loro anteriorità. È un'applicazione dell'art. 1328. Io oppongo un atto di vendita a un terzo, e pretendo che questo atto non deve essere trascritto perchè è anteriore alla legge del 16 dicembre 1851. Io devo provare questa anteriorità. Ora, a riguardo dei terzi, la data non risulta che dai fatti determinati dall'art. 1328. Non basta dunque che io produca un atto privato portante una data anteriore alla pubblicazione della nuova legge; bisogna che l'atto abbia ricevuto data certa conformemente all'art. 1328. In mancanza di data certa, l'atto cade sotto l'applicazione della nuova legge.

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 520, nn. 345 e 346.

SEZIONE III. — Formalità della trascrizione.

§ I. — *Quali atti sono ammessi alla trascrizione.*

124. L'art. 2 della legge ipotecaria dispone: « Soltanto le sentenze, gli atti autentici e gli atti privati riconosciuti giudizialmonte o avanti notaio saranno ammessi alla trascrizione. Le procure relative a questo atto dovranno essere date nella stessa forma ». Ne consegue che per principio solo gli atti autentici sono ammessi alla trascrizione, perchè se la legge permette di trascrivere atti privati, lo fa sotto la condizione che siano trasformati in atti autentici col riconoscimento operatone giudizialmente o avanti notaio. Perchè la legge non ammette alla trascrizione gli atti privati? È una grave deroga al codice civile, il quale equipara gli atti privati agli autentici, specialmente in materia di vendita. A termini dell'articolo 1583, la vendita può essere fatta per atto autentico o privato. Se posso vendere per atto privato, perchè la legge mi proibisce di trascrivere quest'atto? La trascrizione non è che la copia dell'atto che constata la convenzione. Se la legge permette alle parti di contrattare per scrittura privata, perchè proibisce loro di rendere l'atto pubblico? È una deroga all'art. 1583, per quanto riguarda le vendite immobiliari e per tutti gli atti soggetti alla trascrizione. Le parti possono, a dir vero, trattare per scrittura privata, ma siccome le loro convenzioni non avrebbero alcun effetto a riguardo dei terzi, poichè l'atto non potrebbe essere trascritto, così sono costrette a far stendere un atto autentico delle vendite e di ogni atto traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari, come delle locazioni eccedenti i nove anni o contenenti quitanze di tre anni di pigione. Quali sono i motivi di questa deroga al codice civile?

La quistione ha formato l'oggetto di vivissime dispute nel Belgio e in Francia, ed è stata risolta in vario senso. La legge francese del 1855 ha mantenuto il principio del codice civile, permettendo alle parti di far trascrivere gli atti privati, mentre nel Belgio si è derogato al codice civile esigendo per la trascrizione atti autentici. Quale dei due sistemi è il migliore? In teoria, non vi ha dubbio: è il principio dell'autenticità che meglio risponde allo scopo della trascrizione. Il legislatore ha prescritto la pubblicità delle trasmissioni immobiliari per consolidare il diritto di proprietà, mettendo i terzi acquirenti al coperto da ogni evizione e dando ai terzi creditori ipotecarii una garanzia della stabilità dei loro diritti. Per assicurare e consolidare i diritti dei terzi non basta il fatto materiale della trascrizione, bisogna innanzi tutto che gli atti che si trascrivono siano stabili e, per quanto è possibile, inoppugnabili. Ora, è certo

che solo gli atti autentici presentano questo vantaggio. Essi fanno fede per sè stessi, mentre gli atti privati non fanno fede che quando sono stati riconosciuti o verificati giudizialmente. Basta negare la scrittura o la firma d'un atto privato perchè cessi di far fede. In questo caso s'impegna una lite lunga ed arrischiata per verificare la scrittura e la firma. Si consolida la proprietà facendola dipendere da un atto che per sè stesso non fa alcuna fede e che è tanto difficile mantenere quando viene impugnato? Non è tutto. Le convenzioni traslative o dichiarative di diritti reali immobiliari sono contratti sinallagmatici, come le locazioni, e gli atti che le constatano sono soggetti alle formalità del duplo e della menzione del duplo (articolo 1325). Ecco una nuova fonte di liti e, quindi, una nuova causa d'instabilità. Infine la trascrizione si fa per dare ai terzi la conoscenza esatta e completa della situazione immobiliare di colui col quale trattano. Ecco perchè la legge vuole che gli atti siano trascritti integralmente. Ciò suppone che gli atti siano redatti con chiarezza e intelligenza. È d'uopo domandare se gli scritti stesi dalle parti o da primi venuti qualificantisi agenti d'affari offrano garanzie d'una buona redazione? Si può sparlare degli atti notarili finchè si vuole, ma sono generalmente redatti assai meglio degli atti privati. Essi riuniscono dunque sotto ogni riguardo i caratteri che deve avere un atto destinato ad illuminare i terzi ed a consolidare la proprietà immobiliare (1).

Ecco che cosa dice la teoria. Sul terreno pratico, la nostra questione diviene molto dubbia. La nuova legge deroga al codice civile. Ora, non si cambia una legge antica che quando questa ha dato luogo ad inconvenienti, quando l'esperienza ne ha rivelato i difetti. Allorchè venne discussa la legge ipotecaria il Belgio era retto da oltre mezzo secolo dal codice civile. Le transazioni immobiliari si facevano per atti privati. Questi atti hanno compromesso gli interessi delle parti contraenti o dei terzi? Se costoro si trovarono lesi, è per la mancanza di pubblicità, non perchè le vendite si facevano con atti privati. Uomini pratici, in seno alla Camera dei rappresentanti, hanno attaccato l'innovazione che la legge ipotecaria apportava al codice civile. Si temono le liti, dicevano gli avvocati. Ebbene, l'esperienza prova che le impugnative di scritture sono rarissime. Si può impugnare come falso anche un atto autentico, ma non bisogna conchiudere dal diritto al fatto, e, in fatto, gli atti privati non danno luogo a maggiori liti degli atti notarili (2).

Facciamo le nostre riserve contro queste affermazioni. L'esperienza che si invocava contro la nuova legge non poteva farsi

(1) Discorso di FESCH, ministro della giustizia (PARENT, pp. 224, 225). MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, p. 132, n. 104.
(2) JULLIEN, seduta della Camera del 30 gennaio 1851 (PARENT, p. 212). MOREOU, seduta del 31 gennaio (PARENT, p. 219).

sotto l'impero d'una legge che non prescriveva la pubblicità degli atti fuorchè nei casi rarissimi in cui l'acquirente procedeva alla purgazione. L'esperienza si farà in Francia, ove la legge del 1855 ha mantenuto il sistema del codice civile. Se il legislatore francese si è pronunciato in favore degli atti privati è in gran parte per il rispetto che si professa in Francia al codice Napoleone (1). Anche noi l'ammiriamo, ma non bisogna che l'ammirazione diventi un'idolatria la quale arresti ogni progresso. I fatti constateranno se la legge francese ha avuto ragione d'ammettere alla trascrizione gli atti privati.

125. La legge ammette alla trascrizione anzitutto le sentenze. Sono atti autentici. È dunque un'applicazione del principio della legge. Quali sono le sentenze che possono essere presentate al conservatore delle ipoteche per essere trascritte? La parola *sentenze* è stata inserita nell'art. 2 sulla proposta della commissione del Senato, in seguito al cambiamento di redazione che si era fatto all'art. 1.°, aggiungendovi *le sentenze che tengono luogo di convenzioni o di titoli.* Sono queste stesse sentenze che la legge ammette alla trascrizione (2). Bisogna dunque interpretare l'articolo 2 coll'art. 1.°, di cui non è che l'applicazione.

Secondo questo principio bisogna decidere la questione di sapere se si possono ammettere alla trascrizione le sentenze prima che siano passate in giudicato. Una circolare del ministro delle finanze del 22 maggio 1852 risponde che l'affermativa non è dubbia. Essa invoca l'interesse di colui che ha ottenuto la sentenza di trascriverla il più presto possibile, poichè, prima della trascrizione, l'atto che deve essere trascritto non può essere opposto ai terzi. Tuttavia la questione è controversa (3), e, a nostro avviso, la soluzione non è così evidente come dice la circolare ministeriale. Noi crediamo che la legge la tronchi in senso contrario. L'art. 2 determina i caratteri esteriori che devono avere gli atti soggetti alla trascrizione. Così la legge dice che gli atti devono essere autentici o privati riconosciuti. Ma la legge non dice quali sono questi atti. È l'art. 1.° che decide quali atti devono e, per conseguenza, possono essere trascritti. Bisogna che siano atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari o di locazioni eccedenti i nove anni o contenenti quitanze di almeno tre anni di pigione. Accade lo stesso delle sentenze. Quali sentenze possono essere trascritte? Quelle che devono esserlo secondo l'art. 1.°, e quindi le sentenze *passate in giudicato* che tengono luogo di concessioni o di titoli. Invano

---

(1) Vedi la *Relazione* di De Bellleyme, che discute benissimo la questione (Troplong, *Della trascrizione*, pp. 35-42).

(2) D'Anethan, *Relazione* (Parent, p. 399).

(3) Debbecque (n. 29), Casier (n. 35) e Martou (t. I, n. 206) si pronunciano in favore della circolare. Cloes (t. I, n. 40 *bis* e seg.) è di parere contrario.

si dice che non vi era alcuna ragione d'esigere che la sentenza sia passata in giudicato, poichè dal momento che esiste una sentenza vi ha un atto. Martou ne conchiude che le parole *passate in giudicato* sono state inserte nella legge per disattenzione. Che importa? Vi si trovano, e l'interprete non può cancellarle. Egli è vincolato dal testo, e deve decidere che la sentenza non tien luogo di convenzione o di titolo, e che, per conseguenza, non deve e non può essere trascritta che quando ha acquistato l'autorità di cosa giudicata. Vi ha d'altronde un motivo di ciò. Quale è lo scopo della trascrizione? Quello di rendere pubblici gli atti o le sentenze che constatano una mutazione immobiliare. Perchè una sentenza debba o possa essere trascritta bisogna dunque che presenti lo stesso carattere d'irrevocabilità dell'atto notarile. Questo atto è definitivo: il notaio non può nè modificarlo nè revocarlo. Accade lo stesso della sentenza? No, finchè non è passata in giudicato, perchè da un momento all'altro può essere annullata dall'appello o dall'opposizione. Si obbietta che l'atto deve essere trascritto benchè constati una convenzione condizionale. L'obbiezione confonde l'*atto*, vale a dire l'istrumento, lo scritto, colla convenzione. La convenzione può essere condizionale, ma l'atto non lo è mai. Non vi sono mai due atti per una sola convenzione. Dunque, dal momento che vi ha un atto, deve essere trascritto, quand'anche la convenzione fosse condizionale, mentre vi hanno sovente due decisioni giudiziarie di cui la prima viene annullata per ciò solo che è rimessa in questione per effetto dell'appello o dell'opposizione. È dunque molto logico non trascrivere che la decisione definitiva, la sola, dopo tutto, che tenga luogo di convenzione o di titolo, la sola, per conseguenza, che possa essere opposta ai terzi.

126. La legge ammette, in secondo luogo, alla trascrizione gli atti autentici. Per atti autentici essa intende gli atti notarili. Infatti, si tratta d'atti constatanti convenzioni traslative o dichiarative di diritti reali immobiliari, come donazioni, vendite o divisioni d'immobili. Ora, i soli notai hanno diritto di ricevere le convenzioni alle quali, come nella specie, le parti devono dare l'autenticità (legge del 25 ventoso anno XI, art. 1.°). Tale è la regola. Possono esservi eccezioni, ma occorrono all'uopo leggi formali, perchè il solo legislatore ha diritto di determinare le attribuzioni dei pubblici ufficiali incaricati di redigere istrumenti.

Il codice di procedura (art. 54) dà al giudice di pace il diritto di stendere processo verbale delle trascrizioni fatte dalle parti che compariscano avanti a lui in sede di conciliazione. Se queste trascrizioni contengono una convenzione soggetta alla trascrizione, il processo verbale redatto dal giudice di pace sarà ammesso come atto autentico? L'affermativa è certa, perchè il giudice di pace è un pubblico funzionario incaricato dalla legge di ricevere le convenzioni delle parti che devono presentarsi in conciliazione avanti a lui. Si può dunque applicare al processo

verbale che contiene le loro transazioni la definizione che l'art. 1317 dà dell'atto autentico, il che è decisivo. Vi ha però un motivo di dubitare in quanto soggiunge l'art. 54: « Le convenzioni delle parti inserte nel processo verbale hanno forza d'obbligazione privata ». Ciò vuol dire che il processo verbale è equiparato ad un atto privato? No, la legge, come abbiamo detto altrove, intende stabilire che il processo verbale non ha forza esecutiva. E' dunque un atto autentico, ma privo d'uno dei vantaggi che presenta l'atto notarile. Ora, la forza esecutiva dell'atto è indifferente quando si tratta di trascriverlo. Quello che importa si è che l'atto faccia fede come autentico, e un simile carattere non potrebbe essere contestato al processo verbale di conciliazione (vol. XIX, n 104).

Vi è anche un funzionario amministrativo cui la legge conferisce il diritto di ricevere certe convenzioni. Secondo la legge dell'8 marzo 1810 sull'espropriazione (art. 12), i prefetti, sostituiti nel Belgio dai governatori, possono ricevere gli atti di cessione volontaria consentiti dai proprietarii espropriati. Questi atti sono stesi nella forma degli atti amministrativi, e l'originale resta depositato negli archivi del governo provinciale. Essi sono autentici, poichè si può loro applicare la definizione dell'art. 1317. È un pubblico ufficiale che li stende: nella specie egli ha il diritto di redigere un istrumento, e supponiamo che lo scritto sia redatto colle richieste solennità. Ne consegue che questi atti sono ammessi alla trascrizione (1).

127. In fine la legge ammette alla trascrizione gli atti privati riconosciuti giudizialmente o avanti notaio. Abbiamo detto altrove che cosa s'intende per atti *riconosciuti giudizialmente*. Non basta che, nel corso d'una lite, una delle parti riconosca uno scritto per atto di procuratore; occorre l'intervento dell'autorità giudiziaria, vale a dire una sentenza che dia atto del riconoscimento. È quello che l'art. 2123 chiama un riconoscimento o verifica fatta giudizialmente. Il riconoscimento volontario e la verifica, in mancanza di riconoscimento, danno luogo ad una procedura che è regolata dal codice procedurale (cod. di proc., art. 193 e seg.). Se il convenuto riconosce lo scritto, dice l'articolo 194, la sentenza ne darà atto all'attore. Se il convenuto non compare, sarà dichiarato contumace, il che si fa pure con sentenza, e lo scritto si terrà per riconosciuto. Quando il convenuto nega la firma a lui attribuita, o dichiara di non riconoscere quella attribuita a un terzo, la verifica si fa nelle forme tracciate dal codice di procedura, ed è una sentenza che dichiarerà che lo scritto è riconosciuto (2).

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, p. 139, n. 109.

(2) DEBBECQUE, *Commentario legislativo*, p. 53, n. 50. CASIER, *Studii*, p. 53, n. 42. CLOES, *Commentario*, t. I, p. 66, nn. 131 e 132. MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 141, n. 113.

Ne consegue che il riconoscimento fatto avanti il giudice di pace, sedente come conciliatore, non sarebbe ammesso alla trascrizione. Infatti, non è una convenzione constatata nel processo verbale e non è una sentenza, poichè il magistrato conciliatore non pronuncia sentenza. Dunque simile riconoscimento non si trova nei termini dell'art. 2, e questi termini sono restrittivi. Sono ammessi alla trascrizione, dice la legge, *solo* gli atti che essa enumera.

128. La legge pone alla stessa stregua il riconoscimento fatto avanti notaio. Questo riconoscimento dà luogo a qualche difficoltà. Si tratta di trasformare un atto privato in uno autentico. Bisogna dunque che il notaio riceva l'atto col quale le parti riconoscono avanti a lui lo scritto che gli presentano, ossia dichiarano di aver consentito le convenzioni che vi si trovano riportate. È necessario che l'atto steso dal notaio contenga la copia dell'atto privato? A nostro avviso, sì. Soltanto a questa condizione una scrittura privata diviene una scrittura autentica, nel senso dell'art. 2 della legge ipotecaria. Tuttavia si insegna che basta una menzione sommaria degli elementi essenziali dell'atto (1). A noi pare dubbio. È l'atto di riconoscimento che viene trascritto. Bisogna dunque che questo atto riproduca integralmente le convenzioni stipulate dalle parti e contenute nello scritto privato, altrimenti lo scopo della legge non è raggiunto, perchè essa vuole che l'atto sia trascritto *integralmente*, e l'atto, nella specie, è lo scritto privato rivestito delle forme dell'autenticità.

Abbiamo detto altrove che un atto di deposito non bastava. Generalmente si ammette l'opinione contraria. Bisogna intendersi. La legge vuole che l'atto privato, per essere ammesso alla trascrizione, sia *riconosciuto* avanti notaio. Ora, un semplice atto di *deposito* non implica *riconoscimento*; esso non ha per oggetto, come ogni altro *deposito*, che la custodia e la convenzione dello scritto. Se, depositando l'atto presso un notaio, le parti lo riconoscono, l'atto è ad un tempo un atto di deposito e un atto di riconoscimento, e, per conseguenza, sarà ammesso alla trascrizione. Occorrerà, in tal caso, che lo scritto sia riportato integralmente nell'atto steso dal notaio? Se lo scritto è ammesso all'atto di riconoscimento e posto fra le minute del notaio, la copia dello scritto è inutile, ne tien luogo lo scritto originale che è annesso all'atto. L'atto di deposito, in queste condizioni, sarà un atto di riconoscimento e, come tale, ammesso alla trascrizione (2). È sempre vero il dire che vi ha una differenza essenziale fra il deposito ed il riconoscimento. Il deposito può essere fatto da una sola delle parti, mentre il riconoscimento deve necessariamente emanare dalle due parti contraenti. È dunque

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 143, n. 116.
(2) TROPLONG, *Ipoteche*, n. 506. MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 143, n. 117.

una nuova convenzione destinata a trasformare la prima, imprimendole il carattere d'autenticità. Ne consegue che l'atto di deposito non varrà riconoscimento che quando è fatto da entrambe le parti.

129. Gli atti privati anteriori alla legge ipotecaria sono ammessi alla trascrizione anche se non siano stati riconosciuti. Così ha detto, durante la discussione, il relatore della commissione della Camera dei rappresentanti, in risposta ad una interpellanza di de Theux (1). Questi atti non devono essere trascritti, come abbiamo detto più sopra (n. 122). Le convenzioni constatate da atti privati, anteriormente alla nuova legge, hanno trasferito la proprietà a riguardo dei terzi; essi sono assimilati ad atti trascritti, e si doveva, per conseguenza, permettere alle parti interessate di farli trascrivere. E' per mettere le parti in grado di approfittare del beneficio dei loro diritti acquisiti che venne emanata la legge del 3 settembre 1851. Essa è così concepita: « Nei due mesi susseguenti alla pubblicazione della presente legge, gli atti privati, traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, e quelli portanti locazione d'immobili, che non sono registrati, potranno essere sottoposti, senza ammenda e mediante pagamento del diritto semplice, a questa formalità, come pure a quella del bollo e della trascrizione ». Purchè questi atti siano stati registrati, e abbiano in tal modo acquistato data certa della loro anteriorità alla legge ipotecaria, possono ancora essere trascritti dopo la pubblicazione della nuova legge, per la ragione che ne ha dato Lelièvre. Vi ha diritto acquisito, secondo lo spirito della legge ipotecaria; la proprietà è trasferita a riguardo dei terzi; la trascrizione dell'atto anteriore non ha dunque più per oggetto di trasmettore la proprietà rispetto ai terzi; essa non ha che uno scopo di pubblicità, apprende ai terzi che la proprietà è trasferita, a loro riguardo, dopo la data della registrazione (2).

130. L'art. 2 della legge ipotecaria soggiunge: « Le procure relative a questi atti dovranno essere date nella stessa forma ». Secondo l'art. 1985, « il mandato può essere dato o per atto pubblico, o per scrittura privata, od anche con lettera ». Perchè la legge vuole che le procure relative agli atti soggetti alla trascrizione siano autentiche? Lelièvre risponde in una prima relazione supplementare: « La legge esige che la volontà delle parti sia manifestata con atto irrefutabile, la cui esistenza non possa essere disconosciuta. Questo mandato, d'altronde, deve partecipare della natura dell'atto al quale è relativo, e, per conseguenza, è indispensabile che sia rivestito, come quest'ultimo, del carattere autentico, che solo assicura la sua sincerità in modo incontestabile » (3). Era una semplice opinione enunciata

---

(1) Seduta del 25 febbraio 1851 (PARENT, p. 378).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 144, n. 119.
(3) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 187).

dal relatore. La commissione del Senato credette che forse meglio formulare il principio nella legge (1). Nella sua relazione sugli emendamenti adottati dal Senato, Lelièvre dice che il principio non è dubbio; che Merlin già lo aveva insegnato in termini categorici ch'egli crede di dover riportare. Noi faremo lo stesso. Merlin è un po' trascurato dai giovani lettori. Egli si fa vecchio, ma questo vecchio è molto superiore ai moderni.

« La forma del mandato è necessariamente subordinata alla forma essenziale dell'atto ch'esso ha per oggetto, e se quest'atto è di natura di esigere, per la sua perfezione, l'intervento d'un pubblico ufficiale, bisogna pure che un pubblico ufficiale intervenga nel mandato. L'art. 933, che esige l'autenticità della procura per l'accettazione del donatario; non deve essere considerato come un'eccezione alla pretesa disposizione assoluta dell'art. 1985, ma come un'applicazione di questa regola di buon senso, che la procura, essendo il principio dell'atto e identificandosi essenzialmente con esso, non può esser fatta per scrittura privata quando l'atto stesso non può esser fatto che in forma autentica » (2).

131. Una circolare ministeriale del 22 maggio 1852 non ha tenuto alcun conto di questa forte argomentazione. Essa ammette che la trascrizione può aver luogo, quantunque il mandato sia verbale. Il motivo ch'essa allega è più strano ancora della dottrina. È soltanto quando le parti danno la procura per iscritto che devono farne stendere un atto autentico, ma, a termini dell'art. 1985, sono libere di dare un mandato verbale. Ecco un'opinione, diciamo meglio, un errore che basta esporre per confutare. Ma come? La legge ordina che la convenzione sia constatata da un atto autentico, se le parti vogliono farla trascrivere e uno degli elementi essenziali della convenzione, il consenso di una delle parti, potrebbe darsi senza alcuna formalità! È come se si dicesse che l'ipoteca e la donazione possono farsi verbalmente. Ne pare inutile insistere (3).

132. Devesi applicare all'autorizzazione maritale quanto la legge dice delle procure? La questione è controversa. Uno dei nostri migliori scrittori si pronuncia per l'affermativa, perchè, egli dice, vi ha lo stesso motivo di decidere (4). L'analogia è sovente un argomento fallace. Non ne sarebbe qui il caso? Grande è la differenza fra la procura data per consentire e l'autorizzazione che sana l'incapacità della moglie. Senza la procura non vi ha consenso, non vi ha dunque atto, e, quindi, non è possibile la trascrizione, mentre l'autorizzazione è estranea alla convenzione

---

(1) D'Anethon, *Relazione* (Parent, p. 399). Martou, t. I, p. 145, n. 120.

(2) Merlin, *Repertorio*, v. *Hypothèque*, sez. II, § II, art. X.

(3) Martou, *Commentario*, t. I, p. 147, n. 121.

(4) Martou, *Commentario*, t. I, p. 151, n. 127. In senso contrario, Cassier, *Studii*, p. 57, n. 47, e Cloes, *Commentario*, t. I, p. 74, n. 146 e 147.

è una misura di protezione e un atto di podestà maritale. Senza dubbio la convenzione contratta senza autorizzazione può essere annullata, ma esiste, e produce i suoi effetti finchè non venne annullata. Essa può e deve dunque essere trascritta, quand'anche non vi fosse autorizzazione. A maggior ragione deve esserlo se l'autorizzazione intervenne e se è soltanto viziata nella forma, supponendo che sia richiesta la forma autentica. Non entriamo nei dettagli della controversia. Essa è fu da noi già trattata altrove (vol. III, n. 119).

133. Gli atti stipulati all'estero possono essere trascritti nel Belgio? Un primo punto è certo, cioè che la legge la quale prescrive la trascrizione costituisce uno statuto reale, che si applica a tutti gli immobili situati sul territorio belga, quali che siano i proprietarii di questi immobili, belghi o stranieri. Rimandiamo su questo punto a quanto si è detto, al primo libro, intorno all'art. 3 (tit. I, n. 102). Anche la forma degli atti da trascriversi è uno statuto reale, perchè la legge ammette alla trascrizione soltanto gli atti autentici per consolidare il trasferimento della proprietà immobiliare. Non è dunque il caso d'applicare la regola secondo la quale le forme degli atti sono determinate dalla legge del luogo in cui l'atto è stipulato. Questa regola non concerne che le forme strumentarie aventi per oggetto di garantire la libera espressione della volontà delle parti. Ora, l'autenticità degli atti che devono essere trascritti non ha nulla di comune coll'espressione della volontà delle parti, ma ha unicamente lo scopo di rendere stabile l'acquisto della proprietà; il che è decisivo.

Rimane a sapere quando un atto ricevuto all'estero sarà a reputarsi autentico. Qui l'adagio *locus regit actum* riprende il suo impero. La legge ipotecaria l'applica alle ipoteche consentite in paese straniero. Queste ipoteche sono valide, purchè siano state costituite con atto autentico, ma non hanno effetto nel Belgio se non dopo aver riportato il visto del presidente del tribunale del luogo in cui si trovano i beni. « Questo magistrato, dice l'art. 77, è incaricato di verificare se gli atti riuniscono tutte le condizioni necessarie per la loro autenticità nel paese in cui furono ricevuti ». Il principio si applica anche agli atti soggetti a trascrizione che vennero stipulati in paese straniero, nel senso che sono ammessi nel Belgio alla trascrizione, se sono ricevuti secondo la legge del paese ove furono stipulati. Ma occorre che il presidente vi apponga il suo visto? Si ammette generalmente la negativa. Questa formalità, si dice, è richiesta perchè l'atto sia esecutivo. Ora, la trascrizione non è un atto d'esecuzione forzata, ma la semplice pubblicità d'un atto autentico. Basta dunque che l'atto sia autentico. Chi verificherà se le forme prescritte dalla legge straniera sono state adempite? Il presidente del tribunale, conformemente all'art. 77? No, le formalità non si estendono da un caso all'altro per via analogica. Bisogna dunque deci

dere che la verifica deve essere fatta dal conservatore delle ipoteche (1). Questa dottrina ci lascia qualche dubbio. Anzitutto non ammettiamo l'interpretazione che si dà all'art. 77. A nostro avviso, questa disposizione è estranea alla forza esecutiva dell'atto. La formalità del visto è richiesta perchè l'atto sia reputato autentico nel Belgio, vale a dire perchè l'ipoteca esista come atto solenne. Il principio stabilito dall'art. 77 è dunque che l'ipoteca non diventa un atto solenne se non in forza del visto. Ora, anche la trascrizione non può farsi che in forza d'un atto autentico. Si concepisce che un atto ricevuto all'estero valga nel Belgio per la trascrizione senza visto, mentre non potrebbe essere inscritto senza questa formalità? Così esso conserverebbe il privilegio del venditore e non conserverebbe l'ipoteca d'un creditore ipotecario? Vi sarebbe in ciò una anomalia inesplicabile. Senza dubbio le formalità non si estendono da un caso all'altro, ma, nella specie, si tratta di una sola e medesima formalità, perchè l'inscrizione e la trascrizione sono identiche, nel senso che costituiscono la pubblicità richiesta perchè i diritti reali immobiliari abbiano effetto a riguardo dei terzi. Che cosa importa che ciò si faccia per via d'iscrizione o di trascrizione?

In teoria, la soluzione ne pare incontestabile. Tuttavia, nel silenzio della legge, il conservatore non potrebbe rifiutare di trascrivere un atto che non fosse rivestito del visto del presidente, perchè non vi ha alcun testo formale che esiga questa formalità. Nasce allora la questione di sapere quale sarebbe l'effetto della trascrizione. Secondo la nostra opinione, essa equivarrebbe alla trascrizione d'un atto la cui autenticità non fosse stabilita e potrebbe, per conseguenza, venir contestata. Le parti interessate agiranno dunque saggiamente assoggettando al visto del presidente gli atti che vogliono presentare alla trascrizione.

Qui sorge una nuova difficoltà. Potrebbe il presidente rifiutare il visto? A rigore, sì, perchè nessuna legge gli dà mandato di apporre il visto agli atti soggetti a trascrizione. Ma non è un tal ragionamento infetto da eccessivo servilismo verso la lettera della legge? Se si ammette che un atto non diviene autentico nel Belgio se non in forza del visto, il presidente deve aver potestà di vistare gli atti ricevuti all'estero, senza distinguere se questi atti sono soggetti all'iscrizione od alla trascrizione. Se vi fosse dubbio, o soltanto contestazione sull'autenticità dell'atto presentato al conservatore, questi agirà prudentemente trascrivendo, perchè egli non è giudice della validità degli atti che trascrive. Se rifiutasse senza sufficienti motivi, la parte interessata potrebbe agire giudizialmente contro di lui per costringerlo a trascrivere e domandare danni ed interessi. Ciò ne conduce ad esaminare

(1) Casier, *Studii*, p. 56, n. 45. Martou, *Commentario*, t. I, p. 152, n. 128.

quale sia il diritto e il dovere del conservatore per quanto riguarda la trascrizione degli atti che gli vengono presentati.

134. Il conservatore delle ipoteche deve trascrivere tutti gli atti di cui gli si domanda la trascrizione? Supponiamo che l'atto non debba essere trascritto, o non possa esserlo, perchè non presenta le condizioni di forma richieste dall'art. 2. La questione è controversa e la soluzione dubbia. Per principio, il conservatore non deve trascrivere che gli atti i quali, secondo la legge, devono essere trascritti e che, giusta l'art. 2, sono ammessi alla trascrizione. L'art. 130 lo dice implicitamente: « In nessun caso i conservatori possono rifiutare la trascrizione, sotto pena dei danni ed interessi verso le parti » (art. 2199). Questo articolo suppone che il conservatore rifiuti di trascrivere un atto di cui le parti hanno diritto di esigere la trascrizione, poichè la legge sottopone il conservatore ai danni ed interessi, e non vi sarebbe certo luogo a danni ed interessi se il conservatore rifiutasse d'eseguire una trascrizione che le parti non hanno diritto di richiedere. Ciò prova che il semplice rifiuto di trascrivere non rende il conservatore responsabile. Quindi non si può dire ch'egli sia obbligato a trascrivere qualunque atto che gli vien presentato (1).

Si presenta al conservatore un atto traslativo o dichiarativo di diritti reali mobiliari. È egli tenuto a trascriverlo? No, perchè questo atto non va trascritto, e il conservatore non può essere obbligato a trascrivere tutti gli atti che ad una persona piacesse di far trascrivere. Il rifiuto, d'altronde, non darebbe luogo a responsabilità, poichè non può risultare alcun danno dalla mancata trascrizione d'un atto che la legge non ordina di trascrivere.

Si presenta al conservatore un atto che, secondo l'art. 1.° della legge ipotecaria, dovrebbe essere trascritto, ma non ha i caratteri voluti dalla legge. È un atto privato, per esempio. Il conservatore deve trascriverlo? No perchè gli atti privati non sono ammessi alla trascrizione. Il rifiuto del conservatore non lo sottoporrebbe ad alcuna responsabilità, poichè non può risultarne alcun danno.

Nei casi che abbiamo supposto la decisione non è dubbia, poichè il conservatore agisce in forza del testo della legge. Ma allorchè sorga dubbio la prudenza comanda al conservatore di trascrivere, perchè non è egli giudice della questione di sapere quale atto debba essere trascritto e quale possa esserlo, ma il tribunale. Trascrivendo l'atto egli non compromette alcun interesse, mentre rifiutando di trascrivere può recare un danno a colui che ha richiesto la trascrizione. Ora, l'art. 130 lo dichiara responsabile del suo rifiuto quando ne risulta un danno.

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 73, n. 50. CLOES, *Commentario*, t. I, p. 26, n. 40¹. Cfr. DELEBECQUE, *Commentario*, p. 37, n. 29. Sulla dottrina francese, vedi MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 431, nn. 215-217.

Ritorneremo sul principio della responsabilità, al capo che è sede della materia.

135. Può darsi che il conservatore trascriva un atto nullo nella forma o nella sostanza. Quale sarà l'effetto della trascrizione? La trascrizione non convalida l'atto, che rimane quello che era. La cosa è evidente. Se dunque l'atto fosse nullo nella sostanza, per meglio dire, se la convenzione constatata dall'atto fosse nulla, resterebbe nulla, e, per conseguenza, non vi sarebbe mutazione immobiliare. Se l'atto fosse solamente nullo nella forma, nel senso che non presentasse i caratteri richiesti dalla legge per essere ammesso alla trascrizione, la trascrizione sarebbe nulla e, per conseguenza, l'atto non potrebbe essere opposto ai terzi. Ma quando la trascrizione sarà nulla? La legge non prevede la difficoltà; essa non pronuncia la nullità. Se la si ammette, non può trattarsi che d'una nullità virtuale, vale a dire d'una nullità fondata sulla volontà tacita del legislatore, e questa volontà s'induce dalla natura dell'atto e dall'importanza delle formalità che la legge prescrive. Per apprezzare tale importanza si può invocare, per analogia, la disposizione della legge ipotecaria concernente la nullità dell'iscrizione. L'analogia è incontestabile, perchè la pubblicità delle ipoteche e la pubblicità degli atti dichiarativi o traslativi di diritti reali immobiliari, come delle locazioni, hanno lo stesso scopo, d'illuminare cioè i terzi sulla situazione immobiliare del proprietario col quale contrattano. Quanto al principio stabilito dalla nuova legge (art. 85) esso risulta dallo scopo stesso che il legislatore ha avuto di mira prescrivendo la pubblicità. Esso ha voluto illuminare i terzi e garantirli così da qualunque danno che sarebbe risultato per loro dall'ignoranza in cui versano dell'atto che ha trasferito la proprietà d'un immobile. Se la trascrizione, quantunque irregolare, ha appreso loro ciò che avevano interesse di sapere, non possono dire di essere lesi; lo scopo della pubblicità è raggiunto, e quindi non vi ha luogo ad invocare l'irregolarità della trascrizione per provocarne la nullità. Se, al contrario, l'irregolarità è di tal natura che abbia indotto i terzi in errore, e se questo errore è stato loro dannoso, lo scopo della pubblicità è mancato. Ciò significa che i terzi potranno invocare l'irregolarità per sostenere che la trascrizione è nulla, che l'atto deve essere considerato come non mai trascritto, e, quindi, che non può esser loro opposto. La questione della nullità diventa così una questione di danno, e quindi una questione di fatto. Non basterà che il terzo provi che la trascrizione è irregolare, bisogna che dimostri essergli l'irregolarità riuscita dannosa (1).

Supponiamo che il conservatore abbia trascritto un atto ricevuto all'estero, credendolo autentico, mentre non lo era. La trascrizione è irregolare. Ne risulta che sarà nulla? No: se l'atto

(1) Martou, *Commentario*, t. I, p. 153, n. 129.

trascritto facesse conoscere in modo chiaro e preciso la convenzione che doveva essere trascritta, il terzo che consulterà il registro delle trascrizioni avrà una cognizione completa di quanto ha interesse a sapere, che cioè ebbe luogo una vendita. Se, prevalendosi dell'irregolarità della trascrizione, egli contratta tuttavia col proprietario, è in mala fede. Ora, i terzi colpevoli di frode non possono invocare la mancanza di trascrizione.

Se, al contrario, il conservatore avesse trascritto l'atto di deposito d'una scrittura privata, e la trascrizione non facesse conoscere al terzo che consulta il registro tutte le clausole della vendita, questa pubblicità insufficiente indurrebbe il terzo in errore. Se l'errore gli è dannoso egli può invocare l'irregolarità per chiedere la nullità della trascrizione, perchè a suo riguardo la trascrizione non ha raggiunto lo scopo che la legge ha avuto di mira, e quindi deve essere considerata come inesistente.

Se la trascrizione viene annullata, colui che ha fatto trascrivere l'atto si troverà in perdita. Avrà egli un'azione per d'anni ed interessi contro il conservatore? Sì, se l'irregolarità gli è imputabile; il che accadrà di rado, perchè il conservatore non è tenuto che ad una cosa, a trascrivere l'atto che gli si presenta. Può darsi tuttavia che la copia sia incompleta per di lui colpa o per quella de' suoi commessi. In questo caso, sarà responsabile. Ritorneremo sul principio della responsabilità illustrando il capo che tratta della materia.

§ II. — *Come si fa la trascrizione?*

136. La legge (art. 1.°) vuole che l'atto sia trascritto integralmente. Non è sempre in tal forma che segue la pubblicità. Le ipoteche ed i privilegi sono resi pubblici mediante l'iscrizione, e questa non contiene che le menzioni richieste dalla legge, menzioni che devono essere scritte sopra una nota, in base alla quale il conservatore fa l'iscrizione. La nota è stesa da colui che chiese l'iscrizione. Vi sono altri atti riguardanti i diritti reali immobiliari di cui la legge prescrive la pubblicità mercè l'iscrizione. Tali sono le domande di nullità d'un atto traslativo di diritti reali immobiliari, e le decisioni intervenute su queste domande. Perchè la legge non s'è contentata d'una iscrizione per il trasferimento dei diritti reali immobiliari, come per gli atti dichiarativi e per le locazioni? La questione ha diviso i migliori ingegni nel Belgio e in Francia. Si disse in favore dell'iscrizione, che è un sistema meno dispendioso e più facile. Gli atti che si compiono integralmente sono spesso lunghissimi. Per conseguenza, la pubblicità diviene dispendiosa, il che può indurre le parti interessate a non trascrivere con grave loro danno. La trascrizione completa degli atti presenta anche

un altro inconveniente: essa ingombra gli archivi del conservatore e, per conseguenza, rende le ricerche più difficili e meno sicure. Ma anche l'iscrizione presenta pericoli che l'hanno fatta escludere in Francia e nel Belgio. Se si affiderà alle parti interessate la compilazione della nota, la loro ignoranza o la negligenza di coloro che incaricano di questa pratica condurrà ad iscrizioni irregolari, e la nullità dell'iscrizione avrà il disastroso risultato, che l'acquirente non sarà proprietario a riguardo dei terzi. La nullità delle inscrizioni ipotecarie ha prodotto innumerevoli rovine; la nullità delle trasmissioni immobiliari sarebbe ancora più rovinosa. Si affiderà la compilazione dell'iscrizione al conservatore delle ipoteche? Sarebbe imporgli una responsabilità spaventosa e quasi impossibile. La trascrizione previene questi pericoli, ed è di facile esecuzione. Essa si riduce ad un lavoro materiale di cui è facilissimo constatare la regolarità (1).

137. Dobbiamo ora precisare che cosa la legge intende per *trascrivere integralmente*. Lo scopo che la legge ha avuto di mira ne determina la portata. Essa non vuole un estratto analitico, vale a dire un'analisi del contratto soggetto alla trascrizione, perchè questo riassunto avrebbe potuto indurre i terzi in errore, invece d'illuminarli. Quando dunque il contratto che deve essere trascritto è unico, deve essere copiato quale venne steso dal pubblico ufficiale che lo ha ricevuto, non solo senza nulla cambiarvi, ma anche senza abbreviarlo (2). Se l'atto soggetto a trascrizione contenesse più convenzioni, non deve necessariamente essere trascritto tutto. Ogni convenzione forma un fatto giuridico distinto, e quindi dipende dalle parti interessate farle trascrivere separatamente. Esse possono anche far trascrivere l'una e non far trascrivere l'altra, la trascrizione non essendo obbligatoria. Può darsi anche che una delle convenzioni non sia soggetta a trascrizione. In questo caso, si scinderà l'atto e non si trascriverà che la convenzione, la quale, per sua natura, deve essere resa pubblica. Tale sarebbe la vendita d'una casa e dei mobili che vi si trovano, con prezzi distinti per l'una e per gli altri. Questo atto contiene due vendite, una vendita mobiliare ed una vendita immobiliare. La prima non deve essere trascritta; solo la seconda è soggetta a trascrizione. È permesso, in questo caso, scindere l'atto. Non si trascriverà che la parte che riguarda la vendita immobiliare, e trascrivendo questa parte integralmente, si soddisfa alla legge. Sarebbe, al contrario, eccederla e violarla il trascrivere una vendita mobiliare che non deve essere resa pubblica. Così pure, se una vendita immobiliare si facesse in più lotti, ciascun lotto formerebbe oggetto

---

(1) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 107). Cfr. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 439, n. 218.

(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 283, n. 124. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 442, n. 219.

d'un contratto separato, benchè il notaio non rediga che un solo atto. Spetta ai diversi aggiudicatari far trascrivere il loro acquisto, se lo vogliono. Ogni vendita sarà dunque trascritta a parte, senza che colui il quale chiede la trascrizione sia tenuto a far trascrivere le altre vendite. Ciò che la legge esige è che la parte dell'atto relativa alla convenzione che il compratore vuol rendere pubblica sia trascritta integralmente. Tutti sono d'accordo su questo punto (1).

138. Ne consegue che il conservatore deve trascrivere, se ne è richiesto, una parte soltanto d'un atto, se questa contiene una convenzione distinta. Ma potrebbe e dovrebbe rifiutarsi di trascrivere un estratto analitico dell'atto che, secondo la legge, deve essere trascritto integralmente. Il conservatore deve obbedire alla legge, ed è responsabile se la viola, e questa violazione reca danno a un terzo. Ora, la legge esige che l'atto sia trascritto integralmente. Trascrivere un estratto sarebbe dunque violare la legge, e se l'estratto avesse indotto i terzi in errore, questi avrebbero un'azione per danni ed interessi contro il conservatore. La questione si è presentata sotto l'impero del codice civile, che prescriveva la trascrizione come preliminare della purgazione. Anche l'art. 2181 esigeva che l'atto fosse trascritto integralmente. Fu giudicato che il conservatore poteva rifiutarsi di trascrivere un estratto analitico (2).

139. La trascrizione integrale presenta un'altra difficoltà. Se vi hanno pezze accessorie annesse all' atto, come procure, autorizzazioni, devono essere trascritte anche queste? La questione si è presentata avanti la Corte di cassazione del Belgio. Essa pone il principio che gli atti i quali formano un elemento del titolo traslativo di proprietà devono essere trascritti quando costituiscono parte integrante dell'atto, che sarebbe incompleto senza questo accessorio; ma se si tratta d'un documento che, sebbene riannodantesi alla convenzione, non ne è un elemento essenziale, non deve essere trascritto. Questo principio si fonda sul testo e sullo spirito della legge. L'art. 1.° della legge ipotecaria vuole che si trascrivano integralmente gli atti traslativi di proprietà, e quindi la convenzione colla quale la proprietà viene trasferita. Tutti gli elementi della convenzione devono dunque essere resi pubblici, ma le pezze che non si riferiscono ad un elemento della convenzione non devono essere trascritte. Si è obbiettato contro la trascrizione l'ingombro che ne risulterebbe negli archivi dei conservatori delle ipoteche. È questa una ragione decisiva per non trascrivere documenti senza dei quali la convenzione sarebbe completa, poichè si verrebbe a sopraccaricare gli archivi di scritti inutili, nel senso che si

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 76, n. 53, e p. 75, n. 51. CASIER, *Studii*, p. 40, n. 24. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 442, n. 220.
(2) Vedi le testimonianze in MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 73, n. 50.

trovano depositati altrove e che è libero alle parti interessate consultare il deposito in cui si trovano.

Nella specie, si trattava di sapere se la sentenza che ordina la vendita d'immobili appartenenti per indiviso ad un maggiore di età e ad un minore deve essere trascritta coll'atto d'aggiudicazione. La Corte ha giudicato come aveva fatto la decisione impugnata, che la sentenza la quale ordina la vendita non deve essere trascritta. È una misura di protezione per il minore che potrà domandare la nullità della vendita se non sono state adempite le forme protettrici richieste dalla legge nel suo interesse. Ma questa sentenza e questa forma sono estranee all'atto considerato come convenzione traslativa di proprietà. L'atto d'aggiudicazione, astrazion fatta dalla sentenza che ha ordinato la vendita, presenta un tutto completo. Il conservatore deve dunque trascriverlo; egli non ha veste nè mandato di verificare se le formalità prescritte nell'interesse del minore sono state osservate. Le parti interessate che vogliono verificare questo fatto possono rivolgersi alla cancelleria. Quanto al conservatore, egli non deve trascrivere che l'atto operante la trasmissione della proprietà. Ora, la sentenza che ordina la vendita non opera certo il cambiamento, ed è estranea alle condizioni essenziali del contratto. Dunque non deve essere trascritta. È l'atto d'aggiudicazione, dice la Corte, che costituisce per sè stesso e indipendentemente da ogni altro documento il titolo che constata la trasmissione della proprietà, e questo titolo solo deve essere trascritto (1).

140. Devesi applicare alla procura quanto la Corte dice delle sentenze che ordinano la vendita? No; la sentenza che abbiamo riportato stabilisce, al contrario, una differenza fra questi due fatti giuridici. La Corte di cassazione dice che la sentenza la quale ordina la vendita d'un bene non presenta i caratteri d'una procura data al tutore. Ciò significa che la procura costituisce un elemento essenziale della convenzione. La distinzione è perfettamente giuridica. Quale è la condizione essenziale di ogni convenzione? Il consenso. Ora, quando il consenso è dato per procura, è la procura che lo constata. La procura è dunque un elemento essenziale dell'atto traslativo di proprietà, perchè questo atto non esisterebbe senza il consenso. Il testo stesso della legge ipotecaria conferma questa interpretazione. Quando un atto ricevuto all'estero deve essere trascritto nel Belgio, l'art. 77 vuole che il presidente del tribunale verifichi se esso riunisce tutte le condizioni necessarie per la sua autenticità secondo le leggi del paese in cui è stato stipulato. Questa verificazione non si limita all'atto principale, ma si estende alle procure che, dice l'art. 77, ne sono il *complemento*.

Questa ragione è decisiva e risponde alle opposte obbie-

---

(1) Rigetto, 1.° maggio 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 300).

zioni, perchè la questione è molto controversa. La circolare ministeriale del 22 maggio 1852 la decide in senso contrario, invocando una sentenza della Corte suprema pronunciata sulle conclusioni di Merlin (1). Senza dubbio, dice Merlin, la trascrizione sarebbe nulla se la procura non esistesse, e l'enunciazione della procura nel contratto di vendita non basterebbe per provare che la procura esiste. Ma ciò non prova che la procura debba essere trascritta. La legge non esige che la trascrizione del contratto. Sì, ma essa vuole che il contratto sia trascritto *integralmente*. Lo esige l'art. 2181, come lo esige l'art. 1.° della legge ipotecaria. Ora, è d'uopo domandare se vi ha contratto senza consenso, e se vi ha un *atto* completo constatante la convenzione, quando questo atto non comprende la prova del consenso? Ciò decide la quistione, perchè è la procura sola, nella specie, che contiene la prova del consenso. Essa è dunque, come dice la nostra legge, il *complemento* dell'atto. Senza la procura l'atto sarebbe incompleto, e quindi l'atto non è trascritto integralmente se non quando è trascritta la procura contemporaneamente all'atto (2).

È necessario, dopo ciò, rispondere a Troplong, il quale dice che non è la procura che trasferisce la proprietà, ma la vendita *consentita* in forza di questa procura? (3). Domanderemo da qual atto il consenso dato alla vendita è constatato. Non lo è forse dalla procura? Dunque la procura è un elemento essenziale dell'atto che trasferisce la proprietà. Troplong mette alla stessa stregua la procura e le formalità della deliberazione del consiglio di famiglia e della sentenza che precedono la vendita dei beni d'un minore. Egli confonde fatti giuridici essenzialmente diversi. La procura è attinente al consenso di cui è la constatazione, mentre le formalità che la legge prescrive per l'alienazione dei beni dei minori non hanno nulla di comune col consenso, nè con alcuno degli elementi essenziali della convenzione. Esse sono garanzie pel minore, di cui solo l'incapace può prevalersi.

141. Ove deve farsi la trascrizione? La legge ipotecaria (articolo 1.°) vuole che l'atto sia trascritto all'ufficio del conservatore delle ipoteche nel circondario del quale i beni sono situati. Perchè a quest'ufficio piuttosto che ad un altro qualunque? Nell'interesse dei terzi. Bisogna ch'essi sappiano a qual ufficio devono rivolgersi per aver cognizione delle trascrizioni che possono essere state fatte, ed è naturalmente all'ufficio del circondario in cui i beni sono situati ch'essi si rivolgeranno. Se la trascrizione si facesse in un altro ufficio, sarebbe inefficace,

(1) MERLIN, *Questioni di diritto*, v. *Transcription*, § III. Nello stesso senso, CASIER, *Studii*, p. 59, n. 50. Cfr. CLOES, *Commentario*, t. I, p. 79, n. 157.
(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 73, n. 50.
(3) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 284, nn. 126 e 127.

perchè i terzi non la conoscerebbero. Si tratta dunque d'una formalità essenziale della pubblicità. Essa non esiste realmente che quando si fa all'ufficio indicato dalla legge. Bisogna sempre eccettuare la mala fede di coloro che avessero conoscenza della trascrizione fatta ad un ufficio diverso e che allegassero poi che la trascrizione è nulla. La legge protegge la buona, non la mala fede.

Se i beni compresi nell'atto soggetto a trascrizione sono situati in diversi circondarii, la trascrizione deve farsi in tutti questi uffici, sempre nell'interesse dei terzi (1). La prescrizione della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Il registro del conservatore deve menzionare tutti i cambiamenti che si fanno nella sua circoscrizione. Sarebbe incompleto ed indurrebbe i terzi in errore se non contenesse la trascrizione dell'atto che trasferisce la proprietà d'un immobile situato nel circondario dell'ufficio. Che importa che questa trascrizione si trovi altrove? Non è a quest'ultimo ufficio che le parti interessate si rivolgono. Esse sarebbero dunque ingannate, e lo scopo della pubblicità è precisamente d'evitare che lo siano.

142. La trascrizione è una copia letterale. Di che? Il testo della nostra legge non lo dice, ma la questione non è dubbia. È naturalmente la copia dell'atto originale, ma si tratta di sapere se la minuta di questo atto deve essere presentata al conservatore. La negativa risulta dalla legge di ventoso sul notariato (art. 22). Essa vieta ai notai di privarsi della minuta, questi non consegnano alle parti che una copia. Le parti devono presentare al conservatore appunto la copia. Una copia per scrittura privata non sarebbe ammessa, perche l'atto trascritto deve essere autentico. In mancanza della minuta, occorre dunque una copia autentica. Il codice civile (art. 2148) e la legge ipotecaria (art. 83) esigono, per l'iscrizione dei privilegi e delle ipoteche, che si presenti al conservatore la copia autentica dell'atto che dà nascita al privilegio o all'ipoteca. Vi ha una ragione di più per esigerlo in materia di trascrizione, giacchè l'atto deve essere copiato integralmente, mentre l'iscrizione delle ipoteche e dei privilegi si fa su semplici note.

Tutti gli autori si lagnano d'una pratica notarile che è in opposizione col testo e collo spirito della legge. Vi hanno notai, si dice, che non inseriscono nelle loro copie la firma delle parti e si contentano di mettere alla fine della copia queste parole: *Seguono le firme*. L'illegalità è certa. È l'atto intiero che deve essere trascritto. Ora, non vi è atto senza firma. Che importa che il nome delle parti si trovi nel corpo dell'atto? La legge vuole che l'atto intiero sia trascritto, il che basta per decidere

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 80, nn. 55 e 56. MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 104, n. 45. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 189, n. 133.

la questione in diritto Diversa è la questione di sapere se vi ha nullità. Secondo la nostra opinione, la soluzione dipende dall'interesse dei terzi. È senza dubbio perchè la mancanza delle firme sull'atto trascritto non è dannosa ai terzi che la dottrina e la giurisprudenza ammettono che una copia fatta senza le firme può e deve essere trascritta (1).

Vi ha un caso nel quale non si comprenderebbe come le firme possano essere ommesse, quando cioè l'atto fu ricevuto all'estero. Le firme devono, in questo caso, essere legalizzate. La Corte di Bruxelles ha giudicato che il conservatore aveva il diritto e il dovere di rifiutare la trascrizione dell'atto non legalizzato, o, il che torna lo stesso, legalizzato in modo informe. Nella specie, era stato presentato al conservatore un atto stipulato in Francia e portante per tutta legalizzazione, quella del presidente del tribunale, ma anche questa era informe perchè recava: *Per il presidente impedito* (firmato) *Prospero*. Chi era questo Prospero? Nol si sapeva. L'atto così legalizzato non aveva alcun valore nel Belgio, e quindi non poteva essere ammesso alla trascrizione. Il tribunale, di cui la Corte adottò i motivi, dice benissimo che, se i conservatori delle ipoteche non sono giudici della validità degli atti presentati alla trascrizione è per lo meno loro dovere ed entra certamente nelle loro attribuzioni apprezzarli sotto il rapporto del loro carattere esteriore e delle formalità all'adempimento delle quali è attaccata la loro esistenza materiale. L'attore obbiettava l'art. 130, a termini del quale i conservatori non possono rifiutare la trascrizione in nessun caso. La Corte risponde che questa disposizione non può intendersi che del rifiuto di trascrivere gli atti che, secondo la legge, possono soli essere ammessi alla trascrizione. Dando un'altra interpretazione alla legge, si esporrebbero i conservatori a trascrivere atti informi e difettosi, atti non aventi alcuna esistenza legale, come nella specie, atti non firmati, o, ciò che torna lo stesso, atti le cui firme non sono legalizzate (2).

143. La trascrizione si fa sopra un registro a ciò destinato (art. 1.° della legge ipotecaria). È il registro delle trascrizioni che i conservatori devono tenere conformemente alla legge (articolo 124). Ritorneremo, al capo IX della legge ipotecaria, sui registri che i conservatori devono tenere, come pure sulle formalità che la legge prescrive affine d'assicurarne la tenuta fedele.

Di regola la trascrizione dovrebbe farsi di mano in mano che gli atti vengono consegnati al conservatore, e in presenza delle parti che li presentano. Ma il più delle volte questo è impossibile pel gran numero di formalità che i conservatori devono adempiere

---

(1) Vedi le autorità in MARTOU, *Commentario*, t. I. p. 72, nota 47. CLOES, *Commentario*, t. I, p. 62, n. 127. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 574, n. 795.

(2) Bruxelles, 22 ottobre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 41).

giornalmente. Essi non hanno soltanto da trascrivere gli atti dei cambiamenti immobiliari, ma iscrivono anche i privilegi e le ipoteche, come pure i processi verbali di sequestri immobiliari. Poi vengono gli atti di trascrizione o d'iscrizione che i terzi chieggono loro, e che esigono un tempo considerevole e cure minuziose. Infine le surrogazioni, le cessioni, le domande di nullità o di revocazione, le sentenze pronunciate su queste domande devono essere inscritte dai conservatori. Una tal moltitudine d'occupazioni quotidiane rende sovente impossibile la trascrizione immediata degli atti di cambiamento. Tuttavia le parti che la reclamano hanno interesse a che si faccia subito, poichè l'atto non ha effetto a riguardo dei terzi che a partire dal momento in cui è stato trascritto. Come conciliare questo interesse coi bisogni del servizio? La legge prescrive, a tale effetto, la tenuta d'un registro dei depositi (art. 124), in cui i conservatori devono inscrivere, giorno per giorno e per ordine numerico, le rimesse fatte loro d'atti di cambiamento per essere trascritti, o di note per essere inscritte. Essi rilasciano a coloro che chiedono la trascrizione o l'iscrizione una ricevuta che ricorda il numero del registro sul quale la rimessa è stata inscritta, e non possono trascrivere gli atti di cambiamento nè inscrivere le note che alla data e nell'ordine delle rimesse che sono state loro fatte e quali sono constatate dal registro dei depositi (1).

144. Può darsi dunque che fra il deposito e la trascrizione vi sia un intervallo d'uno o più giorni. Quale sarà la vera data della trascrizione? Quella del giorno in cui il deposito è stato constatato sul registro a ciò destinato. È quello che ha fatto dire ad un tribunale che la trascrizione si ritiene effettuata dal momento che gli atti da trascrivere sono stati inscritti sul registro dei depositi. Il tribunale ha mal espresso il suo pensiero. Non vi ha prescrizione di trascrizione, perchè la trascrizione è un fatto che deve necessariamente essere compiuto, ma quando la trascrizione è operata, essa ha per data il giorno in cui il deposito dei titoli è stato constatato sul registro a ciò destinato. Se il conservatore, per errore o per frode, trascrivesse l'atto in un ordine diverso, la vera data sarebbe determinata dal registro dei depositi. Viceversa, se la trascrizione non fosse fatta, è certo che la menzione del registro dei depositi non basterebbe. Questa menzione non fa conoscere nulla ai terzi, perchè è il registro delle trascrizioni ch'essi consultano. Solo questo registro sarà, all'uopo, controllato da quello dei depositi (2).

145. Il registro delle trascrizioni è pubblico, come tutti i registri di cui la legge prescrive la tenuta per portare a cono-

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 425, n. 206, e p. 449, nn. 230 e 231.
(2) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 453, nn. 235-238.

scenza dei terzi i fatti giuridici che vi sono riportati. In che consiste la pubblicità? L'art. 127 dispone: « I conservatori delle ipoteche sono tenuti a rilasciare certificati constatanti i *cambiamenti* e le *concessioni di diritti reali*, come pure le *locazioni* consentite da ogni *individuo* indicato nelle richieste scritte che sono fatte loro all'uopo. Essi sono egualmente tenuti a rilasciare ad ogni richiedente *copia* delle *iscrizioni* e *trascrizioni* esistenti, o certificati constatanti che non ne esistono ».

L'art. 130 contiene la sanzione di queste disposizioni: « In nessun caso i conservatori possono rifiutare nè ritardare il rilascio dei certificati, sotto pena dei danni ed interessi a favore delle parti, al quale scopo, a cura dei richiedenti, saranno stesi immediatamente processi verbali dei rifiuti o ritardi sia da un giudice di pace, sia da un usciere o da un notaio ».

146. Dall'art. 127 (codice civile art. 2196) si vede in che consista la pubblicità dei registri. Sono gli *individui* che figurano sui registri, non i *beni*, vale a dire che i registri menzionano le *persone* che vendono o comperano, che dividono, o contraggono locazioni, non descrivono i beni venduti, divisi o locati. I beni sono senza dubbio indicati negli atti di vendita, di divisione o di locazione, ma non vi si trovano descritti, come lo sono nella mappa catastale. I conservatori non hanno nemmeno una tabella alfabetica dei diversi beni situati nella circoscrizione dei loro uffici, e non si può chiedere ad essi un certificato dei cambiamenti nè delle concessioni di diritti reali, indicando i beni alienati o gravati. Il conservatore ha un repertorio in cui si trovano menzionati, sotto il nome di ogni proprietario, gli atti che riguardano i suoi beni. È dunque il nome dei proprietarii che si deve indicare al conservatore quando si domanda un certificato delle trascrizioni o delle inscrizioni relative ai loro beni immobiliari. Era stato proposto, in Francia e nel Belgio, di riunire il catasto agli uffici dei conservatori delle ipoteche, di modo che la base della pubblicità fosse stata formata dagli immobili. Questa proposta non venne ammessa, per l'imperfezione della mappa catastale. Un sistema di pubblicità inesatto sarebbe un pericolo pei terzi, anzichè una garanzia (1).

147. Quando la trascrizione può e quando deve essere fatta? La legge non ordina alle parti interessate di trascrivere. Essa si limita a rifiutare ogni effetto, a riguardo dei terzi, agli atti traslativi e dichiarativi di diritti reali immobiliari ed alle locazioni, finchè non siano resi pubblici. Ne consegue che non vi ha alcun termine fisso entro il quale la trascrizione dev'essere compiuta. Soltanto le parti contraenti hanno interesse a trascrivere il più presto possibile, perchè il minimo ritardo può divenir loro dannoso. Se io compero un immobile oggi, e non trascrivo imme-

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 429, n. 210. Cfr. *Relazione della commissione speciale* (PARENT, p. 16).

diatamente, il mio venditore può alienare lo stesso fondo ad un secondo compratore, il quale sarà proprietario a mio riguardo se trascrive il proprio atto. Io ho dunque interesse a trascrivere subito, stipulando che il prezzo non sarà pagato che entro un dato termine, sufficiente per operare la trascrizione, e a condizione che in quel momento non sia trascritto un cambiamento anteriore al mio, condizione la quale risulta dalla garanzia che il venditore mi deve.

Così pure non vi ha termine fisso per la trascrizione nel senso che, fatta entro quel termine, essa retroagisce al giorno dell'atto (1). La retroattività è inammissibile in materia di pubblicità, perchè venne introdotta per dare certezza e stabilità alle transazioni immobiliari, il che implica che gli atti non possono aver effetto a riguardo dei terzi che a partire dal giorno in cui furono trascritti. Se la legge fissasse un termine entro il quale la trascrizione potesse farsi con effetto retroattivo al giorno dell'atto, vi sarebbe incertezza durante il corso del termine, sull'effetto dell'atto a riguardo dei terzi; il che è contrario all'essenza della pubblicità (2).

La trascrizione può dunque sempre esser fatta, ma non può esserlo utilmente se non quando, al momento in cui si opera, non sia trascritto alcun atto il quale abbia effetto a riguardo dei terzi. Se vi ha un atto trascritto, benchè posteriore al primo acquisto, avrà la prevalenza a riguardo dei terzi. È la conseguenza del nuovo principio, e non è dubbia. Vi ritorneremo trattando degli effetti della trascrizione.

148. La trascrizione può essere fatta anche dopo l'apertura del fallimento del venditore o del donante? La questione si è presentata sotto l'impero del codice civile, riguardo alla trascrizione delle donazioni. La Corte suprema si è pronunciata per la validità della trascrizione quando è fatta prima della sentenza che dichiara il fallimento, quantunque sia posteriore al giorno cui il tribunale fè risalire la cessazione dei pagamenti. Questa distinzione è perfettamente giuridica, e risulta d'altronde dal testo della legge sui fallimenti. La legge non vuole che il debitore possa fare atti traslativi di proprietà a partire dal tempo determinato dal tribunale come quello della cessazione dei pagamenti, o nei dieci giorni precedenti il medesimo. La legge dichiara quegli atti nulli e senza effetto (codice di comm., art. 445). Noi supponiamo, al contrario, che l'atto sia stato fatto prima dei dieci giorni, e conseguentemente in un tempo in cui il debitore aveva la libera disposizione dei suoi beni. L'atto è dunque valido, salvo che deve essere trascritto perchè l'acquirente possa opporlo ai terzi, ed egli può sempre trascrivere finchè i terzi non hanno acquistato un diritto sulla cosa. La

(1) *Relazione della commissione speciale* (PARENT, pp. 19 e 20).
(2) MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, p. 430, n. 212.

difficoltà si riduce dunque a sapere da qual momento la massa acquisti un diritto sui beni del fallito. Ora, risulta dall'articolo 447 che, fino al giorno della sentenza dichiarativa di fallimento, la massa non ha alcun diritto su questi beni, poichè i privilegi e le ipoteche acquistate possono essere inscritte fino a quel giorno. Per gli identici motivi, gli atti traslativi di proprietà stipulati anteriormente ai dieci giorni che precedettero la cessazione dei pagamenti possono essere trascritti fino al giorno in cui vien dichiarato il fallimento (1).

Tuttavia la nuova legge sui fallimenti dispone che le iscrizioni prese nei dieci giorni precedenti l'epoca della cessazione dei pagamenti o posteriormente potranno essere dichiarate nulle se sono trascorsi più di quindici giorni fra la data dell'atto costitutivo dell'ipoteca o del privilegio e quella dell'iscrizione. È una deroga al diritto comune, e come tale non può essere estesa alle trascrizioni. Queste restano dunque sotto l'impero dei principii generali. Ora, il donatario ha diritto di trascrivere e trascrive utilmente, finchè un terzo non abbia acquistato un diritto sulla cosa; il che è decisivo.

149. Si è domandato ancora, sotto l'impero del codice civile, se la trascrizione poteva farsi dopo la morte del donante. L'affermativa non era dubbia. La donazione è perfetta col concorso del consenso dato nelle forme prescritte dalla legge. La trascrizione non ha nulla di comune con queste condizioni; essa non fa che rendere la donazione pubblica a riguardo dei terzi. Ora, tale pubblicità può sempre aver luogo, poichè la legge non fissa alcun termine. La giurisprudenza e la dottrina sono concordi (2).

§ III. — *Chi può e chi deve trascrivere.*

150. Quando si tratta d'ipoteche e di privilegi la legge determina le persone che possono o debbono chiedere l'iscrizione. La legge ipotecaria tace per quanto riguarda la trascrizione. Il codice civile, che prescrive la trascrizione delle donazioni immobiliari, contiene una disposizione speciale relativa alle donazioni fatte ad incapaci od a stabilimenti pubblici. L'art. 940 è abrogato dalla nuova legge? Abbiamo detto che la legge ipotecaria abroga gli art. 939 e seguenti in quanto si trovano in contrasto col diritto comune stabilito dalla nuova legge. Ora, la legge del 1851 non parla delle persone incaricate di eseguire la

---

(1) Rigetto, 21 maggio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 172). Cfr. le sentenze riportate da DALLOZ, *Repertorio*, v. *Dispositions*, n. 1556. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 346, n. 148 e seg. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 312, nota 93, § 209.

(2) Vedi le autorità nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Dispositions*, n. 1555.

trascrizione, e l'art, 940 non fa che applicare un principio generale di diritto concernente le obbligazioni degli amministratori legali. È lo stesso dell'art. 1069, il quale ha per oggetto la pubblicità che devono ricevere le sostituzioni fidecommissarie lecite. La questione che abbiamo posto deve dunque decidersi secondo il diritto comune, confermato dagli art. 940 e 1069.

151. Chi può trascrivere? Quando si tratta dell'iscrizione ipotecaria, la legge dice che il *creditore* presenta, personalmente, o mediante un terzo, la copia autentica dell'atto da cui origina il privilegio o l'ipoteca, come pure le note sulle quali il conservatore fa l'iscrizione. E dunque la parte interessata che deve chiedere la pubblicità. Accade lo stesso in materia di trascrizione? Ecco una questione affatto oziosa. Dei terzi non interessati non si presentano certo per adempiere una formalità che li assoggetta al pagamento d'un diritto. Sarà dunque di regola il compratore che chiederà la trascrizione. Tuttavia un terzo può farlo per lui, senza che il conservatore possa rifiutare di trascrivere, sotto il pretesto che il richiedente non ha la veste necessaria. Dal momento che vi ha un atto il quale, secondo la legge, deve essere trascritto e vien presentato al conservatore, questi deve operare la trascrizione, poichè non occorre alcuna qualità legale per farla, tacendo la legge a questo riguardo. Dopo tutto, il richiedente potrebbe dire che agisce come gerente d'affari. È una veste legale per assicurare i diritti dell'interessato, poichè la trascrizione è un atto essenzialmente utile al proprietario (1).

152. Gli incapaci possono chiedere la trascrizione. Sta il principio che gli incapaci possono fare gli atti conservativi che li interessano, non potendo questi atti che essere loro vantaggiosi. La legge ipotecaria lo dice della donna maritata, permettendole di chiedere l'iscrizione della propria ipoteca legale (art. 64), e il codice civile lo dice pure della trascrizione delle donazioni, alla quale eziandio la moglie può procedere senza autorizzazione (articolo 940). Va da sè che quello che la legge dice della moglie si applica a tutti gli incapaci (2).

153. La facoltà, che la legge accorda agli incapaci, di chiedere la trascrizione non giova loro, poichè essi ignorano il più delle volte che cosa sia la trascrizione. Chi la farà per essi? La questione è importante specialmente per le donazioni a favore di incapaci, ma, in massima, la soluzione dev'essere identica a quella per gli atti a titolo oneroso. Il codice ha deciso la difficoltà. L'articolo 940, relativo alle donazioni tra vivi, dispone: « Questa trascrizione dovrà eseguirsi ad istanza del marito allorchè i beni siano stati donati alla moglie. Allorchè la donazione sia fatta a persone d'età minore, ad interdetti, od a stabilimenti

(1) Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 461, n. 243.
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 81, n. 60. Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 462, n. 245.

pubblici, la trascrizione si eseguirà ad istanza dei terzi, curatori o amministratori ». Quando si tratta d'una sostituzione fidecommissaria, la legge incarica il tutore nominato per l'esecuzione di rendere pubbliche le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte coll'onere della restituzione (art. 1069). Si può dunque porre per principio che i rappresentanti degli incapaci sono incaricati di chiedere la trascrizione. La ragione si è che gli amministratori legali hanno per mandato di conservare i diritti di coloro di cui amministrano i beni. Ora, la trascrizione è un atto essenzialmente conservativo. « *Ogni amministratore*, dice Ricard, deve vegliare alla conservazione delle azioni di colui che ha sotto la sua guida. Così che il marito, che è padrone della comunione ed ha l'amministrazione di tutto ciò che appartiene alla moglie, è tenuto ad aver cura dei suoi affari. Egli deve vegliarvi, poichè ne ha la direzione » (1). Gli articoli 940 e 1069 applicano questo principio al tutore dei minori ed al tutore speciale dei chiamati in caso di sostituzione come pure agli amministratori degli stabilimenti pubblici. Per mero errore l'art. 940 parla dei curatori, ciò che, stando all'insieme del testo, si riferirebbe agli interdetti. Accadeva così nell'antico diritto, in cui gli interdetti avevano un curatore, e l'*Esposizione dei motivi* fa capire che l'oratore del governo supponeva che ugual cosa avvenisse sotto l'impero del codice civile (2). Nel nostro diritto moderno gli interdetti hanno un tutore ed i minori emancipati un curatore. Ma questi, a differenza del tutore, non amministra; di modo che non può essere tenuto a trascrivere come amministratore. A maggior ragione gli è così dei consulenti dei prodighi e degl'infermi di mente. Essi non fanno che prestare la loro assistenza nei casi determinati dalla legge (art. 499 e 513).

Così ogni mandatario legale deve far trascrivere le donazioni che fossero fatte a coloro di cui amministra gli interessi. Si può estendere questa obbligazione agli atti a titolo oneroso che devono essere trascritti? L'affermativa non è dubbia, perchè l'obbligazione di conservare i diritti degli incapaci deriva dal mandato di cui gli amministratori legali sono investiti. Questa obbligazione dev'essere imposta loro, anche nel silenzio della legge. Gli articoli 940 o 1069 possono invocarsi per analogia (3).

154. Nell'applicazione del principio si presenta qualche difficoltà per quanto riguarda il marito. Costui interviene negli atti fatti dalla moglie, autorizzandola. Se rifiuta l'autorizzazione, e questa sia accordata dal giudice, sarà egli tenuto a trascri-

(1) Ricard, *Delle donazioni*, t. I, n. 1340.

(2) Bigot-Préameneu, *Esposizione dei motivi* del titolo delle *Donazioni*, n. 43 (Locré, t. V, p. 327).

(3) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 81, n. 59.

vere? A nostro avviso, l'affermativa è certa. Il marito deve trascrivere, non perchè autorizza, ma perchè è amministratore. Ora, egli non cessa d'essere amministratore quando rifiuta la propria autorizzazione. Invano si dice che, in questo caso, egli disapprova l'atto come nocevole alla moglie ed alla famiglia. Rispondiamo che l'autorità giudiziaria, autorizzando la moglie, decide necessariamente che il rifiuto del marito non era fondato. Vi ha dunque un diritto legittimo da conservare, e quindi il marito deve trascrivere (1).

Vi hanno regimi sotto i quali il marito non è amministratore. Così accade quando i coniugi sono separati di beni, e sotto il regime dotale, riguardo ai beni parafernali. Sarà egli tuttavia obbligato a trascrivere? Lo si è sostenuto per le donazioni, fondandosi sui termini assoluti dell'art. 940, ma la distinzione risulta, in questo caso, dal principio medesimo sul quale è fondata l'obbligazione. Come dice Ricard, il marito deve trascrivere in forza della sua qualità d'amministratore. Cessando il motivo quando non amministra, anche l'obbligazione deve venir meno. Se si dovesse stare alla lettera dell'art. 940, si dovrebbe dire che è una disposizione eccezionale, e quindi abrogata, poichè le donazioni sono rette dal diritto comune per ciò che riguarda la trascrizione. Gli è certo che non si potrebbe applicarla agli atti a titolo oneroso, e per la stessa ragione cesserebbe d'essere applicabile alle donazioni (n. 152). La tradizione è in questo senso: « La moglie separata, dice Ricard, deve amministrare essa medesima i proprii affari, poichè ha voluto averne la direzione » (2).

155. La questione di sapere chi sia amministratore, e chi debba come tale trascrivere, è importantissima, per le conseguenze che ne risultano. Esporremo anzitutto i principii che il codice consacra in materia di donazioni; poi vedremo se siano applicabili agli atti a titolo oneroso.

Supponiamo che la donazione fatta ad un incapace non sia stata trascritta e che, per conseguenza, i diritti degli incapaci periscano. Invocheranno essi la loro incapacità per sostenere che la mancanza di trascrizione non può essere loro opposta? Il codice decide la questione negativamente. A termini dell'articolo 942, i minori, gl'interdetti, le donne maritate non saranno restituiti in intiero per mancanza di trascrizione delle donazioni, e l'art. 1070 reca che la mancanza di trascrizione delle costituzioni fidecommissarie può dai creditori e dai terzi acquirenti essere opposta anche ai minori o agl'interdetti (3). È cosa che si comprende. L'interesse dei terzi è un interesse generale che

---

(1) Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 469, n. 251.

(2) Ricard, *Delle donazioni*, t. II, n. 1243. Mourlon, *Della trascrizione*, t. I, p. 468, n. 250.

(3) È stato giudicato che la mancanza di trascrizione può essere opposta ai minori anche quando non è stato nominato un tutore alla sostituzione (*Pasicrisie*, 1824, p. 144).

deve prevalere all'interesse degli incapaci. Bisogna conchiuderne che questo principio deve essere applicato agli atti a titolo oneroso? Così noi crediamo. Vi ha però un motivo di dubitare, ed è che la legge non subordina sempre l'interesse degli incapaci all'interesse pubblico. Così la prescrizione non corre contro i minori e gl'interdetti, mentre decorre contro le donne maritate. Si potrebbe dunque dire che gli articoli 942 e 1070 sono disposizioni eccezionali e, quindi, di stretta interpretazione. Ma la questione presenta anche un altro aspetto. Si tratta di sapere in qual caso gli atti compiuti dagli amministratori legali sono validi, senza che gli incapaci possano reclamare per causa di lesione. Ora, sta il principio che i minori e, per conseguenza, gli altri incapaci non possono essere restituiti in intiero contro gli atti d'amministrazione del tutore, salvo ad agire in responsabilità in di lui confronto quando sono lesi. Ora, trascrivere è un atto d'amministrazione. È vero che il tutore deve trascrivere, ma ciò non cambia la natura dell'atto. Egli può trovare la trascrizione inutile, come fanno molti acquirenti. Sarebbe un venir meno ai doveri di un'oculata amministrazione; ma è precisamente nel caso di cattiva amministrazione che nasce la questione di sapere se il minore possa essere restituito. Gli articoli 942 e 1070 non sono dunque che l'applicazione dei principii generali di diritto; il che è decisivo.

L'articolo 942 soggiunge: « Salvo il regresso contro i loro tutori o mariti, *se competa*, e senza che possa farsi luogo alla restituzione in intiero, quando anche i detti tutori e mariti fossero insolvibili ». L'art. 1070 contiene una disposizione identica in materia di sostituzione: « Salvo il regresso contro il gravato e contro il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl'interdetti possano essere restituiti in intiero contro l'omessa trascrizione, quando anche il gravato ed il tutore non fossero solvibili ». Questi articoli sono ancora l'applicazione del diritto comune. « Il tutore, dice l'art. 450, amministrerà i beni del minore come un buon padre di famiglia e sarà responsabile dei danni ed interessi che potessero risultare da una cattiva amministrazione ». Ciò significa che il minore non può essere restituito in intiero contro la cattiva amministrazione del tutore, salvo a lui ad agire contro il suo tutore per ottenere la riparazione del danno che ha subito. Questa azione è garantita da un'ipoteca legale. Se la garanzia è insufficiente, la perdita ricade sull'incapace.

Il ricorso in garanzia spetta a tutti gli incapaci. L'art. 942 cita, oltre i minori, la moglie, ma soggiunge « *se competa* ». Anche questa restrizione è di diritto comune. La garanzia, come ogni responsabilità, suppone una colpa. Se il mandatario legale non fosse in colpa, non sarebbe obbligato. Il caso si è presentato per la moglie. Il marito le aveva fatto donazione dell'usufrutto d'un immobile, ma non fece trascrivere l'atto. La moglie esercitò il regresso. Fu giudicato che, potendo la moglie, a

termini dell'articolo 940, chiedere la trascrizione senza l'autorizzazione maritale, era essa medesima in colpa, poichè non provava che fosse stata nell'impossibilità di fare questo atto conservativo (1). La decisione non è troppo assoluta? La legge obbliga il marito a trascrivere. Egli è dunque in colpa e, quindi, responsabile per ciò solo che non chiede la trascrizione mentre la moglie è soltanto autorizzata a trascrivere. Dal fatto ch'essa non usa di questa facoltà non si può conchiudere che il marito non sia in colpa. Questi principii si applicano agli atti a titolo oneroso? Quanto abbiamo detto risponde alla domanda. La legge non fa che applicare i principii generali: essa è dunque generale per sua natura. Si sarebbe dovuto decidere la questione in questo senso anche nel silenzio della legge. Dunque non vi ha alcuna distinzione da fare fra le donazioni e gli atti a titolo oneroso.

156. Le parti i cui diritti periscono per mancanza di trascrizione se la prendono sovente col notaio, e intentano contro di lui un'azione per danni ed interessi. Questi ricorsi raramente sono riusciti. E' certo che i notai, in forza delle loro funzioni, non sono incaricati di trascrivere (2). Ciò che lo prova all'evidenza si è che la trascrizione non è una obbligazione per le parti. Come sarebbe un'obbligazione pei notai? Senza dubbio i notai sono i consiglieri delle parti, specialmente quando si tratta d'una nuova legge che non è ancora entrata nei costumi. Il loro dovere è d'illuminare le parti contraenti, di far loro conoscere i pericoli che le attendono se non adempiono la formalità che la legge prescrive perchè l'acquirente divenga proprietario a riguardo dei terzi. Ma altra cosa è il dovere morale del consigliere, altra l'obbligazione legale di far ciò che si consiglia e la responsabilità che vi è annessa. Come si vuole che il notaio sia responsabile per non aver trascritto, quando le parti sono libere di non trascrivere? Spetta ad esse decidere se si deve o non si deve fare la trascrizione; spetta dunque ad esse procedervi, e se vogliono che lo faccia il notaio, devono dargli mandato all'uopo (3).

La grande difficoltà, in questa materia, è di sapere quando vi sia mandato. Il mandato può essere tacito, e si ammette molto facilmente un mandato tacito dato al notaio quando le parti, ignoranti ed incapaci di tutelare i loro interessi, si rimettono al pubblico ufficiale per le misure di prudenza e per le formalità che devono assicurare i loro diritti. Abbiamo trattato queste difficili questioni al titolo del *Mandato* (vol. XXVII, nn. 361-376). Gli autori che si occupano specialmente del regime

---

(1) Bruxelles, 4 febbraio 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48). Cfr. MARTOU, t. I, p. 286, n. 284.

(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 292, n. 138. Cfr. il mio vol. XXVII, n. 385 e vol. XIX, n. 413.

(3) Rigetto, 14 febbraio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 70).

ipotecario sono portati a imporre al notaio l'obbligo positivo d'illuminare le parti sulla necessità di trascrivere, il che conduce a rendere il notaio responsabile se non ha adempito tale dovere (1). Forse il legislatore avrebbe dovuto fare di questo dovere una obbligazione legale, ma non l'ha fatto. Si resta dunque sotto l'impero dei principii generali concernenti il mandato. Nel silenzio della legge, il notaio non è responsabile come tale; egli non lo è che come mandatario, e spetta alla parte che invoca il mandato di provarlo.

SEZIONE IV. — **Effetto della trascrizione.**

§ I. — *Principio.*

157. La legge ipotecaria (art. 1.°) dispone che tutti gli atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, saranno trascritti, e che fino a quel momento non potranno essere opposti ai *terzi*. È lo stesso delle locazioni eccedenti nove anni o contenenti quitanza di almeno tre anni di pigione. La trascrizione non è dunque richiesta che nell'interesse dei terzi, essa non è prescritta fra le parti contraenti come condizione del trasferimento della proprietà o della validità della locazione. Bisogna, per conseguenza, distinguere il trasferimento della proprietà tra le parti e il trasferimento della proprietà a riguardo dei terzi. La legge ipotecaria non si occupa del trasferimento della proprietà fra le parti. Per ciò solo ch'essa non deroga al codice civile lo mantiene. Si sa quale sia il sistema del codice. L'abbiamo esposto al titolo delle *Obbligazioni*. La proprietà si trasmette per solo effetto del contratto, senza tradizione, senza formalità alcuna. Dal momento che vi ha concorso di consenso sulla cosa e sul prezzo, il compratore diviene proprietario e il venditore cessa di esserlo. Secondo la teoria del codice, questo principio si applicava anche ai terzi. Il compratore era proprietario a riguardo di tutti dal momento che la vendita era perfetta. Non accade più così dopo la pubblicazione della legge ipotecaria. Noi abbiamo due leggi che stabiliscono principii diversi. Fra le parti, la proprietà è trasmessa, in forza del codice civile, col contratto. Ma, proprietario a riguardo del venditore, il compratore non lo è a riguardo dei terzi; egli non lo diviene che trascrivendo l'atto di vendita. Fino allora egli non può opporre il suo diritto ai terzi, ossia a loro riguardo non è proprietario; è il venditore che continua ad essere proprietario a riguardo dei terzi. Tale è la conseguenza del principio di pubblicità stabilito dalla legge ipotecaria. L'atto

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 81, n. 61.

di vendita deve essere reso pubblico nell'interesse dei terzi. Se non è trascritto, il compratore non può opporre il suo diritto ai terzi. Questa pubblicità è estranea alle parti contraenti che conoscono necessariamente l'atto in cui figurano. La vendita esiste dunque tra il venditore e il compratore, quantunque non sia trascritta, e produce tutti gli effetti che la legge attribuisce ai contratti traslativi di proprietà. Il compratore è proprietario a riguardo del venditore. Se viene evitto da un terzo al quale non può opporre il suo diritto di proprietà, avrà un regresso in garanzia contro il venditore. Se i terzi non hanno alcun diritto sulla cosa, anteriore al suo, la sua proprietà sarà stabile come se avesse trascritto il proprio atto d'acquisto. La trascrizione non ha interesse che quando vi sono in causa terze persone (1).

Ciò spiega la negligenza che molti compratori mettono nel trascrivere; essi si credono proprietarii, e lo sono realmente. È vero che, secondo la legge, essi non possono opporre la loro proprietà ai terzi, ma ciò suppone una frode di cui il venditore è complice, e la frode fa sempre eccezione. Aggiungiamo, ad onore delle nostre popolazioni, che nel Belgio è una rara eccezione. Lo si è detto, durante la discussione della legge ipotecaria, alla camera dei rappresentanti (2). La clandestinità del codice, per quanto vizioso fosse questo sistema, non aveva prodotto nelle nostre provincie i gravi inconvenienti che vi sono inerenti. La pubblica onestà teneva luogo di garanzia legale. Non è a dirsi per questo che gli acquirenti debbano riposare su questa garanzia morale, trascurando di trascrivere il loro contratto. Essi potrebbero rimanere evitti senza che vi fosse frode da parte del venditore. Atti clandestini possono essere stati fatti da antichi proprietarii. Può esservi un venditore non pagato avente il diritto di chiedere la risoluzione, e la risoluzione importerà l'evizione dell'ultimo acquirente. La prudenza impone dunque che ogni acquirente trascriva.

158. Se il sistema del codice è vizioso, il sistema della pubblicità, quale è organizzato dalla nuova legge, ha qualche cosa d'illogico e d'incoerente. Logicamente il diritto di proprietà non si scinde. È un diritto sulla cosa, il più assoluto di tutti i diritti reali. Si concepisce che io sia padrone della cosa a riguardo del venditore soltanto e non lo sia a riguardo dei terzi? Posso essere ad un tempo proprietario e non proprietario? Eppure lo sono a riguardo del mio venditore e, quindi, a riguardo dei suoi successori universali. Questo principio era stato contestato sotto l'impero del codice civile, per quanto riguarda le donazioni. Si pretendeva che la trascrizione sostituiva l'insinuazione, ch'essa era conseguentemente richiesta per la validità della donazione.

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 83, nn. 62 e 63. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 161, n. 2, e p. 216, n. 48.
(2) DE THEUX, nella seduta del 30 gennaio 1851 (PARENT, p. 201).

Era un errore evidente che la Corte suprema ha respinto quando fu prodotto avanti ad essa (1). Sotto l'impero della nostra nuova legislazione, non è più possibile alcun dubbio. Il testo stesso stabilisce che la trascrizione non riguarda che i terzi, ed è estranea alle parti. In ciò consiste l'anomalia che abbiamo segnalato. Io sono proprietario a riguardo del venditore; non lo sono a riguardo dei terzi. Alla sua volta, il venditore ha cessato d'essere proprietario a mio riguardo, non può più disporre della cosa, ed è sempre proprietario rispetto ai terzi finchè non sia stata fatta la trascrizione. Egli può dunque alienarla, ipotecarla, gravarla di diritti reali, e questi atti saranno validi. Essi potranno essermi opposti se i terzi hanno adempito le formalità prescritte dalla legge.

Non sarebbe stato più logico fare della trascrizione una condizione necessaria per il trasferimento della proprietà? È questo il sistema germanico che si era proposto d'introdurre tanto nel Belgio quanto in Francia. Tali progetti non hanno trovato favore (2). Nel Belgio la trascrizione è una tradizione nazionale e, giusta quanto abbiamo detto, le frodi ch'essa ha per oggetto di prevenire sono una rara eccezione. Sarebbe stato contrario alla volontà delle parti contraenti subordinare la trasmissione della proprietà all'adempimento d'una formalità che non riguarda le parti. Sarebbe stato anche illogico ed in opposizione coll'interesse delle parti contraenti e colla realtà delle cose. La contraddizione che noi segnaliamo non esiste che in teoria. In fatto, il contratto trasferisce la proprietà. Il compratore non è evitto che nei casi rarissimi in cui vi sia frode, e, per questi casi rarissimi, sarebbe stato poco logico esigere come condizione generale del trasferimento della proprietà una condizione che non presenta utilità se non in casi eccezionali.

159. Diciamo che, sotto l'impero della nuova legge, il venditore resta proprietario a riguardo dei terzi finchè non sia stata fatta la trascrizione; donde segue che la vendita non trascritta non esiste a riguardo dei terzi. Non è in questi termini che l'art. 1.° della legge ipotecaria formula il principio della pubblicità. Esso si limita a dire che l'atto non trascritto non potrà essere opposto ai terzi i quali avranno contrattato senza frode. Il principio pare concepito in termini restrittivi e che si applichi unicamente al caso in cui, dopo aver venduto un immobile, il venditore alieni di nuovo lo stesso immobile o lo gravi d'un diritto reale. È il caso comune che si cita d'ordinario per giustificare il principio della pubblicità, ma non è, come diremo, il solo caso in cui il principio viene applicato. Resta a sapere se abbiamo ragione di formulare il nuovo principio in termini più larghi di quelli della legge.

---

(1) Rigetto, 12 dicembre 1810, sulle conclusioni di MERLIN (DALLOZ, v. *Dispositions*, n. 1575).
(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 106, n. 83.

Il principio stesso della pubblicità conduce alla conseguenza che noi abbiamo enunciata. Perchè la legge assoggetta alla trascrizione gli atti traslativi di diritti reali immobiliari? Perchè l'interesse dei terzi, che è anche l'interesse della società, esige che la situazione immobiliare dei proprietarii sia esattamente conosciuta, affinchè si possa essere sicuri che il possessore d'un immobile ne è il proprietario. Se l'atto che avrebbe dovuto essere trascritto non lo è stato, quale ne deve essere la conseguenza? Che questo atto va considerato come inesistente a riguardo di coloro che non hanno potuto conoscerlo, ossia che non vi fu trasferimento di proprietà, a riguardo dei terzi, in forza d'un contratto che non ha esistenza.

La legge ipotecaria consacra questo principio? Gli è quanto ci dirà il ministro della giustizia, che ha aperto la discussione con una esposizione delle innovazioni che il progetto di legge apportava al codice civile. « Oggi, egli dice, la regola è, quanto alla trasmissione dei diritti immobiliari, che la proprietà si trasferisce col semplice consenso. Il progetto s'allontana completamente da questo principio. *A riguardo dei terzi, la vendita non sarà più perfetta per la sola volontà delle parti; essa non lo sarà che colla trascrizione.* Il proprietario resterà proprietario a loro riguardo finchè questa formalità non sarà stata adempiuta » (1). Ecco il principio assoluto, come noi l'abbiamo formulato. Il ministro l'ha esaminato come una verità certa e come formante la base del nuovo regime ipotecario. Se la legge non lo esprime negli stessi termini, conduce tuttavia alla stessa conseguenza. Io vendo oggi un immobile a Pietro, il quale non trascrive. Domani vendo lo stesso immobile a Paolo il quale trascrive. Paolo sarà proprietario. Perchè lo è, benchè io avessi già alienato la cosa a Pietro? Perchè Paolo, secondo acquirente, divenga proprietario, bisogna che io, venditore, lo sia stato ancora al momento della vendita, poichè il compratore non può divenir proprietario quando il suo venditore non lo era. Io sono dunque rimasto proprietario dell'immobile, malgrado la vendita che ne ho fatto. Pertanto questa vendita non esiste a riguardo dei terzi, e non esiste a loro riguardo perchè non è stata resa pubblica. Tale è il caso previsto dal testo dell'art. 1.° La legge consacra dunque implicitamente il principio quale è stato formulato dal ministro della giustizia e quale risulta dal sistema di pubblicità ch'essa consacra.

Ecco un'altra applicazione del principio. Io vendo un immobile a Pietro, che non trascrive. Egli lo dà in ipoteca a Paolo, che prende iscrizione. Potrà Paolo oppormi il suo diritto d'ipoteca o posso io invocare contro di lui il mio diritto di proprietà? Paolo è un terzo a mio riguardo. Dunque io sono proprietario a riguardo di Paolo, e non si può certo opporre al proprietario

---

(1) Fesch, Discorso nella seduta del 30 gennaio 1851 (Parent, pp. 199 e 200).

un' ipoteca consentita mentre egli era ancora tale. Questo caso non rientra nel testo dell'art. 1.° perchè Paolo non ha contrattato con me, ma il principio, come lo ha formulato il ministro della giustizia, riceve la sua applicazione. La vendita che io ho fatto a Pietro non esiste a riguardo di Paolo. Io sono proprietario in di lui confronto e quindi egli non può oppormi un'ipoteca che io non ho consentita.

160. Il nuovo principio si applica anche alle divisioni. Infatti, la legge pone alla stessa stregua gli atti dichiarativi e gli atti traslativi di diritti reali immobiliari, e, dopo aver detto che *tutti questi atti* devono essere trascritti, soggiunge: « Fino allora non potranno essere opposti ai terzi ». Il principio è dunque identico per le divisioni e per le vendite. Bisogna, per conseguenza, intenderlo nello stesso senso. I lavori preparatori non lasciano alcun dubbio su questo punto. Si legge nella relazione della commissione del Senato: « Se l'atto di divisione non viene trascritto, è, *relativamente ai terzi, come se non esistesse* » (1). La legge ha avuto ragione d'assimilare la divisione agli atti traslativi di proprietà? Si può dubitarne, come diremo trattando della pubblicità dei privilegi.

161. Il principio che l'atto non trascritto non esiste a riguardo dei terzi non si applica alle locazioni. Se la locazione che eccede i nove anni non è stata trascritta, i terzi non possono dire che l'atto deve essere considerato, a loro riguardo, come se non esistesse, perchè l'art. 1.° stabilisce implicitamente il contrario: « La sua durata sarà ridotta, dice la legge, conformemente all'articolo 1429 del codice civile ». Se la locazione è soltanto ridotta, è per ciò stesso mantenuta nei limiti d'una locazione di nove anni. La ragione si è che, secondo la legge, le locazioni di nove anni non sono soggette alla trascrizione. Una locazione di nove anni può dunque sempre essere opposta ai terzi, quantunque non sia trascritta, purchè abbia data certa, come vuole l'articolo 1743.

162. Lo scopo del nuovo principio di pubblicità è di rendere gli acquisti immobiliari certi e stabili. Occorre all'uopo che coloro i quali acquistano immobili si conformino alla legge trascrivendo il loro contratto. Se non lo fanno, il sistema di pubblicità compromette in apparenza i loro interessi. Abbiamo riportato la critica, altrettanto ingiusta quanto violenta, che Tronchet ha fatto della pubblicità delle transazioni immobiliari. Se il proprietario che non trascrive rimane evitto, ha torto di lagnarsi; egli subisce le conseguenze della sua negligenza. Chi non si conforma alla legge non ha diritto di prendersela colla legge.

Quello che diciamo del diritto di proprietà è vero anche dei diritti inerenti al possesso, quando questi diritti sono accordati al possessore pel titolo traslativo di proprietà in forza del quale

---

(1) D'ANETHON, *Relazione* (PARENT, p. 396).

egli ha acquistato il possesso d'un immobile. A termini degli articoli 549 e 550, il semplice possessore fa suoi i frutti quando li possiede come *proprietario* in forza d'un *titolo traslativo di proprietà* del quale ignora i vizii. Ciò bastava sotto l'impero del codice civile, ma non basta più secondo la nostra nuova legislazione. Bisogna inoltre che il possessore abbia trascritto il suo titolo. Infatti, non è in forza del possesso ch'egli lucra i frutti, ma in forza della sua buona fede, e questa buona fede suppone che il possessore possegga in forza d'un titolo traslativo di proprietà. Egli non lucra dunque i frutti se non opponendo, al proprietario rivendicante, il titolo che gli avrebbe trasmesso la proprietà, se il suo autore fosse stato proprietario. Ora, secondo il nuovo principio, egli non può opporre ai terzi un diritto risultante da un titolo traslativo di proprietà che quando ha trascritto il suo titolo. Un titolo non trascritto non esiste a riguardo del terzo proprietario. Dunque il possessore non ha la buona fede legale, e quindi non ha diritto ai frutti (1).

Accade lo stesso dell'acquisto della proprietà mediante l'usucapione. Colui che acquista in buona fede e con *giusto titolo* un immobile ne prescrive la proprietà in dieci o vent'anni (art. 2265). Egli oppone dunque al proprietario rivendicante un atto traslativo di proprietà che lo avrebbe reso proprietario se lo fosse stato il suo autore. Sotto l'impero del codice civile, il giusto titolo poteva risultare da un atto privato avente data certa. Secondo la nuova legge, bisogna che l'atto sia trascritto e quindi autentico, poichè non si può opporre ai terzi un atto traslativo senza che sia trascritto (2).

Che dovrà dirsi se la prescrizione è iniziata sotto l'impero del codice civile? Il possessore di buona fede che ha cominciato a prescrivere in forza d'un titolo constatato da atto privato potrà continuare a prescrivere sotto l'impero della nuova legge, senza che l'atto sia trascritto? La decisione dipende dal punto di sapere se la prescrizione cominciata costituisce un diritto acquisito, e la negativa è certa. Ne risulta che il diritto di proprietà non è acquisito colla prescrizione che sotto l'impero della nuova legge. Ora, secondo questa legge, non si può opporre ai terzi un atto non trascritto. È una disposizione molto rigorosa. Il legislatore avrebbe dovuto, per facilitare la transazione da una legge antica ad una nuova, fare una disposizione analoga a quella dell'art. 2281, ma non spetta all'interprete colmare questa lacuna (3).

163. La nuova legge, prescrivendo la trascrizione, ha avuto

---

(1) Liegi, 23 dicembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 87).

(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 109, nn. 84 e 85. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 73, nn. 905-911. Cfr. Cassazione, 26 gennaio 1876 (DALLOZ, 1876, 1, 169) in materia di donazioni. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 319, e nota 106, § 209, e gli autori che citano.

(3) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 109, nn. 84 e 85.

per oggetto di consolidare i diritti dei terzi, e produce questo effetto nel senso che la trascrizione li mette al coperto da una evizione che procedesse da atti non trascritti al momento in cui essi medesimi operano la trascrizione del loro titolo. Ciò suppone atti emanati dallo stesso proprietario. Ma che dovrà dirsi se questo proprietario possedeva in forza d'un atto non trascritto? Il possessore che aliena non avendo trascritto, si trova nella condizione di tutti coloro che, sotto l'impero della nuova legge, acquistano un immobile senza fare la trascrizione del loro contratto. Egli non è proprietario a riguardo dei terzi. Ne consegue che, se il suo autore aliena e il compratore trascrive, sarà questo acquirente il vero proprietario. Egli sarà ancora il vero proprietario se il primo acquirente che non aveva trascritto rivendesse l'immobile ad un terzo che ne fa la trascrizione. Infatti, il proprietario può rivendicare il suo fondo contro ogni detentore della cosa, e quindi potrà rivendicare contro l'ultimo acquirente, quantunque questi abbia trascritto. L'art. 109 consacra implicitamente questa dottrina. Esso dispone che il cedente non trasferisce all'acquirente che la proprietà e i diritti ch'egli stesso aveva sulla cosa ceduta. La trascrizione non aggiunge nulla a questo diritto; essa non fa che metterlo in evidenza. Colui che trascrive esercita i diritti del suo autore contro i terzi, ma se il suo autore aveva un titolo viziato, il titolo resta viziato nelle mani dell'acquirente, quantunque questi trascriva, perchè la trascrizione non purga i vizii che intaccavano i titoli del cedente. Questi trasmette al suo acquirente un titolo affetto dagli stessi vizii. Ne consegue che se il cedente poteva essere evitto da un terzo proprietario, potrebbe essere evitto anche l'acquirente (1).

La giurisprudenza ha consacrato questa dottrina sotto l'impero della legge 11 brumaio anno VII. Un prestanome trascrive una vendita simulata, o consentita a vantaggio di un'interposta persona. Può il preteso acquirente opporre il suo diritto ai creditori del vero acquirente? No, dice la Corte di Bruxelles, perchè la trascrizione non sana il vizio della simulazione, nè qualunque altro vizio che rende l'atto annullabile. Il ricorso in cassazione fu respinto sulle conclusioni di Merlin, che stabilisce benissimo nella sua requisitoria quale sia l'effetto della trascrizione. Essa non dà nulla di più, dice egli, all'acquirente di quello che gli dava il contratto di vendita. Essa non è un nuovo titolo che si possa eccepire pro o contro di lui; essa non cambia il contratto: lo conferma, ma non vi aggiunge nulla. La trascrizione non purga dunque i vizii dell'atto. Se la vendita è simulata, la trascrizione non renderà proprietario colui che non è vero acquirente. Il contratto resta viziato nelle mani dell'acquirente, come lo era

---

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 108, n. 82. Ritorneremo ancora su questo punto, al n. 182.

nelle mani del venditore (1). Dunque colui che poteva rivendicare contro il venditore potrà rivendicare anche contro il compratore, malgrado la trascrizione dell'atto di vendita.

164. Ne consegue che la trascrizione non opera il consolidamento assoluto della proprietà nelle mani di colui il cui titolo è reso pubblico. Se, fra i precedenti proprietari, ve ne ha uno che non ha trascritto, la proprietà sarà incerta. E quand'anche tutti gli atti traslativi fossero trascritti, resterà ancora un'incertezza risultante dai vizii che possono intaccare uno di questi titoli, vizii che la trascrizione non rivela. Ciò non toglie che chi vuole comperare non abbia a consultare utilmente il registro delle trascrizioni. Se esso è completo, potrà risalire d'acquisto in acquisto, e assicurarsi che il suo autore aveva acquistato colla prescrizione trentennaria, la quale può operarsi colla riunione del possesso. La prescrizione è, in sostanza, la sola prova irrefragabile della proprietà e il solo mezzo che mette il possessore al coperto dall'evizione (vol. VI, n. 159 e seg.).

§ II. — *Degli atti traslativi di proprietà.*

N. 1. — Quali sono i terzi che possono invocare la mancanza di trascrizione?

165. La legge ipotecaria dispone (art. 1.°) che fino alla trascrizione gli atti traslativi di proprietà non potranno essere opposti ai terzi che avessero contrattato senza frode. Le parole *ai terzi che avessero contrattato* sono tolte alla legge 11 brumaio anno VII, che aggiungeva « *col venditore* ». Questa formula è troppo restrittiva. Diremo più avanti come la mancanza di pubblicità può essere opposta a tutti i terzi, benchè non abbiano contrattato *col venditore*. La nostra legge ha levate queste parole, che non quadravano col suo sistema di pubblicità, più largo di quello della legge di brumaio. Anche le parole *che hanno contrattato* sono di troppo, almeno in certo senso. Se si prendessero alla lettera, si dovrebbe dire che i terzi che hanno un'ipoteca *legale* non sono compresi fra i terzi che possono invocare la mancanza di trascrizione. Tale non è certo il pensiero del legislatore (2). Basta che i terzi abbiano dei diritti, quali essi siano, e che questi diritti siano compromessi dalla mancata pubblicità perchè possano opporre la mancanza di trascrizione.

Il codice civile poneva il principio in altri termini per quanto riguarda le donazioni non trascritte. Secondo l'art. 941, la mancanza di trascrizione poteva essere opposta da *tutti gli aventi*

---

(1) MERLIN, *Questioni di diritto*, v. *Expropriation*, § II.

(2) Cfr. AUBRY e RAU, t. II, p. 306, nota 77, e p. 307, nota 79, e gli autori che citano.

interesse. Vi è anche una terza formula dello stesso principio in materia di sostituzione. L'art. 1070 dice che la mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione potrà essere opposta dai *creditori e dai terzi acquirenti*. Che cosa devesi intendere, nell'art. 941; per *tutti gli aventi interesse?* Era una cosa molto controversa. Gli uni volevano che s'interpretasse il codice civile coll'ordinanza del 1735, altri riannodavano il principio del codice alla legge 11 brumaio anno VII; vi erano infine coloro che scartavano la tradizione, dicendo che il codice doveva essere interpretato col codice stesso. L'art. 1070 pareva precisasse quali fossero gli aventi interesse, dicendo che i *creditori* e i *terzi acquirenti* potevano opporre la mancanza di trascrizione. Ma quali erano questi *creditori?* Erano soltanto i creditori ipotecarii, od anche i creditori chirografarii? Questo punto altresì era controverso, e la controversia si è rinnovata sotto l'impero della nuova legge. Essa parla dei terzi in generale. Quali sono questi terzi? Il senso della parola *terzi* deve essere determinato secondo l'oggetto della disposizione nella quale è usata. Ora, nell'art. 1.° della legge ipotecaria, non v'ha dubbio che la parola *terzi* è adoperata in opposizione alle parti contraenti. Ecco, infatti, il principio che la legge stabilisce quanto al trasferimento della proprietà immobiliare. Fra le parti, venditore e compratore, per esempio, la proprietà si trasferisce pel solo effetto del contratto. A riguardo dei terzi, la proprietà non è trasmessa che dal giorno in cui l'atto venne trascritto. Terzi sono dunque tutti coloro che non figurano nell'atto e che, per conseguenza, non lo conoscono. Gli è appunto perchè non lo conoscono che non si può loro opporre l'atto non trascritto. Ciò che conferma questa interpretazione si è che la legge non permette ai terzi d'invocare la mancanza di trascrizione se avevano conoscenza dell'atto non trascritto. Dunque sono terzi tutti coloro che ignorano l'atto, e, per principio, lo ignorano per ciò solo che non vi hanno figurato. Non si tratta più di sapere quale sia l'interesse di colui che oppone la mancanza di trascrizione. La nostra legge non parla d'interesse, come faceva il codice civile. Basta essere terzi e avere un interesse qualsiasi, secondo il diritto comune, che esiga un interesse per agire giudizialmente.

Resta a sapere se il principio della legge ipotecaria, come noi l'abbiamo interpretato, sia applicabile in materia di donazioni e di sostituzioni fidecommissarie. Quanto alle donazioni, non vi ha dubbio, poichè esse sono comprese espressamente nella nuova legge. È lo stesso delle sostituzioni fatte per donazione tra vivi. Quando la sostituzione è fatta per testamento, la legge ipotecaria cessa d'essere applicabile, perchè non riguarda che gli atti tra vivi. Le disposizioni testamentarie sono fuori della nuova legge, e quindi sono rette dall'antica. Ritorneremo sulle difficoltà che presenta l'applicazione del principio per quanto riguarda le sostituzioni.

Se si ammette il principio come noi l'abbiamo spiegato, la maggior parte delle controversie vengono a cadere. Si tratta soltanto di determinare quali persone siano parti contraenti e quali no. Le ultime possono opporre la mancanza di trascrizione, le altre non lo possono.

166. Che gli acquirenti siano terze persone, non è mai stato contestato. Poco importa che siano aventi causa del venditore. Si può essere avente causa nel senso che si trae il proprio diritto dal venditore, e tuttavia essere terzo riguardo agli atti che il venditore compie. E si è terzo relativameute a questi atti per ciò solo che non vi si è figurato e che non si son potuti conoscere. Di qui la conseguenza che se un proprietario vende la cosa a due acquirenti, quello dei due che ha trascritto diverrà proprietario, quand'anche il suo acquisto fosse l'ultimo (1). Accadeva altrimenti sotto l'impero del codice civile. Era il primo compratore che diveniva proprietario, purchè potesse provare la sua anteriorità con un atto avente data certa. Abbiamo detto che al Consiglio di Stato Tronchet s'era scagliato con violenza contro il nuovo principio ch'egli chiamava funesto e disastroso. Lo è, effettivamente, nella specie, pel primo acquirente, poichè questi sarà evitto dal secondo, ma se subisce l'evizione, è perchè ha trascurato di adempiere la formalità della pubblicità che lo avrebbe reso proprietario a riguardo dei terzi. Non possiamo accusare la legge quando non ci conformiamo ad essa.

167. Può darsi che i titoli degli acquirenti successivi siano stati presentati lo stesso giorno alla trascrizione. Quale dei due sarà, in questo caso, proprietario? L'art. 123 decide la difficoltà: « La preferenza si determina in base al numero d'ordine sotto il quale la rimessa dei titoli sarà stata menzionata nel registro destinato all'uopo, vale a dire nel registro dei depositi » (nn. 144 e 145). È l'applicazione logica del principio che la data della trascrizione determina il trasferimento della proprietà a riguardo dei terzi. L'art. 123 soggiunge: « Senza pregiudizio però di quanto è prescritto all'art. 81 ». A termini di questa disposizione i creditori ipotecarii inscritti lo stesso giorno esercitano in concorrenza un'ipoteca della medesima data. Si è addotto come ragione della differenza che la legge stabilisce fra la trascrizione di due titoli e l'iscrizione di due ipoteche fatte lo stesso giorno che diversi creditori possono a rigore dividersi il prezzo proveniente dalla vendita dell'immobile ipotecato, ma che due acquirenti non possono essere proprietari ciascuno dell'immobile, a meno d'essere comproprietarii. Ora, ciascuno di essi intende di essere proprietario esclusivo. La legge ha dunque dovuto

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 103, n. 81. Rigetto, 8 dicembre 1858 (DALLOZ, 1859, 1, 184), e 31 maggio 1875 (DALLOZ, 1876, 1, 496). Cfr. le sentenze pronunciate in materia di donazioni (DALLOZ, v. *Dispositions*, nn. 1578 e 1579).

pronunciarsi in favore di uno di essi, ed è naturalmente quello che s'è presentato pel primo che prevale. Ritorneremo sulla questione.

168. I donatarii possono invocare la mancanza di trascrizione d'un atto anteriore, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso? La quistione era molto controversa sotto l'impero del codice civile, e la disputa non è cessata dopo la nuova legge. A nostro avviso, i principii sono talmente certi da metter fine ad ogni dubbio. Anzitutto bisogna lasciar da parte l'art. 941 ed anche l'art. 1072, poichè la legge ipotecaria ha abrogato il codice civile per quanto riguarda la trascrizione degli atti tra vivi a titolo gratuito traslativi d'immobili (nn. 44 e 45). La questione deve dunque essere decisa dall'articolo 1.° della legge del 1851. Ora, la legge equipara qui gli atti a titolo gratuito agli atti a titolo oneroso. Gli uni e gli altri devono essere trascritti perchè possano opporsi ai terzi, e la mancanza di trascrizione degli uni e degli altri può essere opposta dai terzi. Fra questi terzi figurano in prima linea gli acquirenti, senza distinguere fra compratori e donatarii. Ciò decide la questione. Dire che i compratori possono opporre la mancanza di trascrizione mentre i donatarii non lo possono, è creare una distinzione che la legge ignora. E chi autorizza gli interpreti a far ciò? In forza di qual principio i donatarii, che sono incontestabilmente terzi, sarebbero esclusi dal beneficio che l'art. 1.° accorda a tutti i terzi? La distinzione condurrebbe ad una eccezione, ed introdurre una eccezione nella legge equivale a modificarla. Il solo legislatore ha questo diritto.

Applichiamo tali principii al caso in cui un acquirente a titolo oneroso non avesse trascritto. Il donatario che ha trascritto sarà proprietario a riguardo dei terzi. I principii sono identici. La legge non distingue; essa non fa alcuna eccezione; il che è decisivo. Non si può invocare in favore del compratore che l'equità. La sua causa è certo più favorevole, poichè egli cerca di evitare una perdita, mentre il donatario vuol fare un lucro a sue spese. La risposta è semplice e perentoria. Se il compratore perde, non è perchè vi sia un donatario, ma perchè ha trascurato di trascrivere. Egli perde dunque per propria colpa, e con qual diritto si addosserebbe la responsabilità della sua colpa al donatario? (1).

Si oppone al donatario anche un'altra obbiezione Colui il quale, dopo aver venduto un immobile, ne fa donazione, commette una frode in danno dell'acquirente. Questi può dunque impugnare la donazione siccome fatta in frode dei suoi diritti. A che gioverebbe al donatario reclamare il bene donato in forza della donazione dal momento che dovrebbe restituirlo in virtù dell'azione pauliana? È il caso di dire, soggiunge Troplong, che

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 95, n. 74. In senso contrario, CASIER e CLOES.

colui il quale deve la garanzia non può evincere. Lasciamo anzitutto da parte questo adagio che non ha nulla di comune col nostro caso. Come si vuole che il donatario sia tenuto alla garanzia quando non è venditore nè rappresentante del venditore? È vero che il primo compratore avrebbe l'azione pauliana? Il venditore è rimasto proprietario a riguardo dei terzi, e quindi ha diritto d'alienare. Si può considerare come un atto fraudolento la donazione che il venditore ha diritto di fare? Si dirà che a riguardo del compratore egli ha cessato di essere proprietario. Senza dubbio, ma quale ne è la conseguenza? Questa, che, se egli dispone della cosa, per qualsivoglia titolo, dovrà garantire il compratore contro l'evizione, vale a dire che gli dovrà danni ed interessi, ma il compratore non può impugnare la donazione, poichè questa è fatta legalmente. Essa non si trova affetta da alcun vizio, giacchè il venditore aveva il diritto d'alienare una cosa di cui rimaneva proprietario a riguardo dei terzi (1).

169. L'art. 1072 fornisce ai fautori dell'opinione contraria un argomento che pare decisivo. Esso è così concepito: « I donatari, legatari o gli eredi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione, e neppure i loro donatari, legatari od eredi, non potranno in alcun caso opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione o d'iscrizione ». Se, in materia di sostituzione, si diceva, i donatari non sono terzi, non lo sono nemmeno in materia di donazione. L'argomento non era così perentorio come si crede. La disposizione dell'art. 1072 ha tutti i caratteri d'una eccezione al diritto comune. Essa conferma dunque la regola dell'art. 941, e, secondo questo articolo, era difficile non riconoscere nei donatari la qualità dei terzi. Checchè ne sia, l'art. 941 è oggi fuori di questione. Si tratta di sapere se l'art. 1072 sia ancora in vigore, o se sia stato abrogato dall'art. 1.° della legge ipotecaria. Per quanto riguarda le sostituzioni fatte per donazione, esse cadono sotto l'applicazione della legge ipotecaria che contempla *tutti* gli atti tra vivi a titolo gratuito. In presenza di questo testo assoluto non si concepirebbe che i donatari fossero terzi per certi atti e non lo fossero per altri. *Ogni* terzo, ossia tutti coloro che non furono parti nell'atto non trascritto possono opporre la mancanza di trascrizione. La legge belga, più generale del codice civile, deve giovare ai donatari, qualunque sia l'atto non trascritto che si voglia loro opporre.

Se la sostituzione è fatta per testamento, non ha efficacia che alla morte del testatore. Supponiamo che questi, dopo aver disposto con onere di restituzione, faccia donazione tra vivi d'un bene compreso nella sostituzione. Vi ha luogo, in tal caso,

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 312, nn. 154-156. In senso contrario, RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione*, p. 122, nn. 177-179. MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 52, n. 437. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 42, nn. 868 e 869.

ad applicare l'art. 1072? La domanda non ha senso. Il donatario che invoca la mancanza di trascrizione deve avere egli stesso trascritto. Ora, s'egli ha trascritto la donazione, i beni donati sono usciti dal patrimonio del donante a riguardo di tutti. Egli non può disporne, perchè sarebbe donare la cosa altrui. La donazione, in questo caso, revoca la sostituzione per i beni donati. I chiamati sono carenti di diritto; essi non possono raccogliere beni che non vennero loro legati. L'art. 1072 non è dunque applicabile alle sostituzioni fatte per testamento.

170. Anche i creditori ipotecari sono terzi. Ciò era ammesso sotto l'impero del codice civile, riguardo alle donazioni non trascritte. I donatari non potevano opporre il loro diritto ai creditori ipotecari che avevano preso iscrizione in un momento in cui la donazione non era trascritta, benchè l'ipoteca fosse stata costituita dopo la donazione. Prescrivendo la pubblicità delle donazioni immobiliari, il codice civile aveva specialmente per iscopo di tutelare gli interessi dei creditori ipotecari. Ecco perchè non assoggettava alla trascrizione che le donazioni di beni suscettivi d'ipoteca (art. 939), non essendo i creditori ipotecari interessati alla pubblicità delle altre donazioni. La giurisprudenza era unanime in questo senso (1). Secondo la nostra legge ipotecaria, il diritto dei creditori è altrettanto evidente. La legge è più generale del codice civile; essa vuol garantire tutti gli interessi. Fra questi interessi, il più considerevole e il più usuale è quello dei creditori ipotecari. Essi possono dunque opporre la mancanza di trascrizione di ogni atto traslativo di proprietà, a titolo oneroso o a titolo gratuito.

La pubblicità giova agli acquirenti, come la mancanza di pubblicità nuoce loro. Se trascrivono il loro contratto, i creditori ipotecari non possono più prendere iscrizione posteriormente alla trascrizione. L'art. 112 della legge ipotecaria lo dice in termini formali: « Ogni trascrizione presa a carico dei precedenti proprietari, posteriormente alla trascrizione, è inefficace ». Ecco una conseguenza del principio di pubblicità. Esso giova a coloro che rendono pubblici i loro diritti, nuoce a quelli che non adempiono le formalità prescritte dalla legge. In applicazione di tale principio, i terzi acquirenti che trascrivono il loro contratto devono avere il diritto d'opporre la mancanza d'iscrizione ai creditori ipotecari che non avevano reso pubblico la loro ipoteca al momento della trascrizione. È il grande vantaggio che la pubblicità offre a coloro che vogliono acquistare immobili. I diritti non resi pubblici al momento della trascrizione dell'atto d'acquisto non possono più essere opposti ai terzi acquirenti. Invano i creditori prenderebbero iscrizione; questa iscrizione è inefficace, dice l'art. 112.

171. Ne consegue che l'art. 834 del codice di procedura è

(1) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Dispositions*, n. 1562.

abrogato. Secondo quella disposizione, i creditori ipotecari e privilegiati, che non avevano preso iscrizione prima dell'alienazione dell'immobile gravato dell'ipoteca e del privilegio, potevano ancora prendere iscrizione nei quindici giorni dalla trascrizione che l'acquirente operava come preliminare della purgazione. Questa disposizione era necessaria sotto l'impero del codice civile, il quale non prescriveva la trascrizione come condizione della trasmissione della proprietà a riguardo dei terzi. La trascrizione non era richiesta se non quando l'acquirente voleva purgare. Finchè egli non annunciava l'intenzione di purgare, i creditori ipotecari potevano inscrivere la loro ipoteca quando volevano. La proprietà dei diritti era determinata, nel sistema del codice, dalla data degli atti. Ma quando il terzo acquirente purgava, i creditori avevano interesse ad iscriversi, poichè non potevano esercitare il diritto ipotecario se non erano iscritti. Bisognava dunque lasciar loro un certo lasso di tempo dopo che l'acquirente aveva dichiarato, facendo trascrivere il suo contratto, di voler purgare. Anche questo lasso di tempo presentava poca utilità pei creditori, poichè la trascrizione non era conosciuta che da coloro che si prendevano la pena di consultare il registro del conservatore. Secondo il sistema della nuova legge, ogni diritto non reso pubblico non esiste a riguardo di coloro che hanno acquistato la proprietà dell'immobile in un momento in cui non vi era iscrizione. L'art. 112 della legge ipotecaria abroga dunque l'art. 834 del codice di procedura.

172. Il diritto dei creditori ipotecari dà luogo ad una questione molto controversa. Si supponga che un creditore sequestri l'immobile che gli è ipotecato, e si trovi che questo immobile era stato alienato prima del sequestro, senza che l'atto fosse stato trascritto. Può l'acquirente opporre il suo diritto al creditore sequestrante? A nostro avviso, non lo può. È vero che il debitore il quale ha concesso un'ipoteca sull'immobile resta proprietario e quindi può alienare l'immobile, ma questa alienazione non può essere opposta ai terzi finchè non sia stata trascritta. Ciò vuol dire, come abbiamo spiegato (n. 159), che l'alienazione non trascritta è considerata, a riguardo dei terzi, come se non fosse stata fatta. Dunque l'immobile, a loro riguardo, si trova ancora nel patrimonio del debitore, e quindi i creditori ipotecari, che sono terzi (n. 170), possono sequestrare l'immobile come se non fosse stato venduto. Il compratore non può opporre loro il suo titolo per far dichiarare il sequestro nullo, perchè, non avendo trascritto il suo contratto, non è proprietario a riguardo dei terzi.

Si obbietta che i creditori, quali che siano, tanto ipotecari quanto chirografari, non possono sequestrare che i beni i quali si trovano nel dominio del loro debitore. Il creditore ipotecario ha un diritto maggiore. Egli può, se il debitore aliena l'immobile ipotecato, esercitare l'azione ipotecaria e procedere ipotecariamente

contro il terzo detentore, ma non può sequestrare l'immobile contro il debitore, poichè il bene non è più nel patrimonio di costui. A partire dalla vendita, l'immobile ha cessato d'essere la sua garanzia, salvo l'esercizio del diritto ipotecario. Senza dubbio, il debitore che ha ipotecato un fondo ne resta proprietario: egli ha il diritto di alienarlo, e, alienandolo, cessa d'essere soggetto all'azione ipotecaria, ma ad una condizione, cioè che l'atto di vendita sia trascritto. Fino allora la vendita non esiste a riguardo dei terzi, e quindi neppure a riguardo del creditore ipotecario. La conseguenza si è che l'immobile rimane ancora nel patrimonio del debitore, e quindi è sempre la garanzia del creditore, donde segue che può essere sequestrato contro il debitore.

L'obbiezione alla quale rispondiamo non tiene alcun conto dell'innovazione che il principio di pubblicità ha apportato al codice civile. Tutto ciò che si eccepisce contro il creditore ipotecario era vero sotto l'impero del codice, che permetteva all'acquirente d'opporre il suo diritto ai terzi senza alcuna pubblicità. Il codice permetteva per ciò stesso al venditore di far uscire dal suo patrimonio il bene ipotecato, senza rendere la vendita pubblica, e quindi non restava al creditore ipotecario che il diritto di seguire l'immobile nelle mani del terzo acquirente, esercitando la sua azione ipotecaria contro di lui. Ma tutto ora è cambiato. La clandestinità della vendita comprometteva gli interessi dei terzi. Cosa singolare! I partigiani dell'opinione che noi combattiamo lo confessano, e riconoscono che le spese del sequestro debbono stare a carico del creditore che l'ha eseguito. È come confessare che la clandestinità reca un danno a questo creditore. Sotto l'impero del codice civile ciò era logico, poichè la legge non si prendeva alcuna cura dell'interesse dei terzi. Ma questa logica era funesta ai terzi. Ecco perchè il legislatore ha sostituito alla clandestinità la pubblicità. Il cambiamento è radicale. Ne risulta che i terzi non possono più essere lesi, e perchè non possono esserlo, la legge non vuole che si oppongano loro atti non trascritti. Quando la vendita fatta dal debitore non è trascritta, il creditore ipotecario deve credere che l'immobile si trovi ancora nel patrimonio del suo debitore. A di lui riguardo, l'immobile non è alienato, e quindi egli può sequestrarlo contro il debitore. Se in seguito l'acquirente trascrive, le spese del sequestro non devono stare a carico del creditore, il quale non ha fatto che usare del suo diritto. Il sequestro resta valido; il diritto del creditore ipotecario prevale su quello dell'acquirente perchè il primo era pubblico, mentre il secondo era rimasto clandestino (1).

---

(1) **Bertauld**, nella ***Raccolta periodica*** di **Dalloz**, 1858, 2, 162, nota. In senso contrario, **Mourlon**, *Dissertazione* (*Revue pratique*, t. I, p. 472 e seg.). Id., *Della trascrizione*, t. II, p. 82, n. 55 e seg. Cfr., in senso diverso, gli autori e le sentenze

Non entriamo nella discussione dei diversi sistemi nè della giurisprudenza, perchè la questione e le difficoltà ch'essa solleva riguardano in parte i principii che reggono il sequestro, materia che eccede i limiti del nostro lavoro. Non vi ha che una questione che c'interessa ancora, la questione di sapere se i creditori chirografari possono sequestrare gli immobili del loro debitore finchè l'alienazione ch'egli ne ha fatto non sia stata resa pubblica mediante la trascrizione. Ritorneremo sull' argomento trattando dei creditori chirografari.

173. I creditori chirografarii sono terzi, nel senso dell'articolo 1.° della legge ipotecaria? La questione, molto controversa oggidì, lo era già sotto l'impero del codice civile riguardo alle donazioni immobiliari, come pure per le sostituzioni. È inutile rinnovare la disputa alla quale ha dato luogo l'art. 941, poichè questa disposizione è sostituita dalla nuova legge. Importa però constatare che l'opinione generalmente seguita si pronunciava in favore dei creditori. Essa si appoggiava su queste parole dell'art. 941: « La mancanza di trascrizione potrà essere opposta da *tutti gli aventi interesse* », parole le quali sembravano comprendere i creditori chirografarii (1). Quanto alle sostituzioni, l'art. 1070 è concepito presso a poco nei termini della legge ipotecaria, che permette ai *terzi* d'invocare la mancanza di trascrizione. E il codice civile dice che la mancanza di trascrizione potrà essere opposta dai *creditori* e dai *terzi acquirenti*. Per *terzi*, in materia di trascrizione, si sono sempre intesi coloro che acquistano e che prestano, gli acquirenti ed i creditori. Resta a sapere se la parola *creditori* comprende i creditori chirografarii, ed è questa stessa difficoltà che si presenta per la parola *terzi*. È dunque dalla nuova legge che la questione deve essere decisa per tutti gli atti soggetti alla trascrizione. Essa lo è stata dalla Corte di cassazione in favore dei creditori chirografarii. La sentenza, pronunciata su relazione di Defacqz, ha fatto giurisprudenza (2). In quello che stiamo per dire non faremo che sviluppare i motivi dati dalla nostra Corte suprema.

La Corte invoca il testo e lo spirito della legge. A termini dell'art. 1.°, gli atti traslativi e dichiarativi di diritti reali immobiliari devono essere trascritti. Fino allora non possono essere opposti ai *terzi*. L'art. 5 stabilisce lo stesso principio, negli identici termini, per la cessione di crediti privilegiati o ipotecarii. Essa non può essere opposta ai terzi se non sia resa pubblica mediante l'inscrizione. Che cosa si deve intendere colla parola *terzi*? Abbiamo già risposto alla domanda (n. 165). La Corte di

---

ch'egli cita. Aggiungi Flandin, *Della trascrizione*, t. II, p. 73, nn. 850-853. Aubry e Rau, t. II, p. 313, n. 96.

(1) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Donations*, n. 1367, 1.°-4.°.

(2) Rigetto, 8 maggio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 1, 260). Liegi, 14 agosto 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 463).

cassazione dice lo stesso. La parola *terzi* usata nell'art. 1.°, senz'altra aggiunta, significa, nel suo valore comune e logico, ogni persona che non è stata parte nell'atto non trascritto, senza distinguere se l'interesse ch'essa ha ad escluderlo procede da un diritto reale sull'immobile o da ogni altra causa legittima. Quando il testo è chiaro e formale, bisogna attenervisi, a meno che non risulti evidentemente dallo spirito della legge che il testo non rende il pensiero del legislatore. Ora, lo spirito della legge è invece in armonia col testo. Quale è l'oggetto di ogni legge ipotecaria, quale è specialmente l'oggetto delle disposizioni preliminari della nostra legge nel prescrivere la pubblicità di tutti gli atti che possono interessare i terzi? La Corte di cassazione risponde con eccellenti parole, che trascriviamo: « Per facilitare le transazioni circondandole di garanzie, la legge del 16 dicembre 1851 ha voluto stabilire il credito immobiliare su basi di cui *ognuno* potesse verificare in ogni tempo la solidità, ed ha fondato questo sistema sulla pubblicità del trasferimento dei diritti reali e dei pesi che colpiscono la proprietà fondiaria ». Che la trascrizione sia stata stabilita per illuminare tutti coloro che contrattano coi proprietarii d'immobili, sarà difficile negare. Ora, se *ognuno* ha interesse alla pubblicità, tutti sono necessariamente interessati ad invocare la mancanza di pubblicità. Dunque i creditori chirografarii devono essere ammessi, al pari dei creditori ipotecarii e dei terzi acquirenti, ad opporre la mancanza di pubblicità, perchè, invece d'essere una garanzia, la pubblicità sarebbe un inganno, se non avesse per sanzione il principio stabilito dall'art. 1.° della legge e ripetuto nell'art. 5, che gli atti non trascritti non possono essere opposti ai terzi.

Tale è lo spirito generale della nostra legge, poichè essa ha per oggetto di sostituire ad un regime di clandestinità, funesto al credito, un regime di pubblicità che fonda il credito sulla pubblicità, facendo conoscere la situazione dei proprietarii a tutti coloro che trattano con essi. Diciamo *tutti coloro* che trattano con un proprietario d'immobili. A meno che la legge non escluda i creditori chirografarii, questi possono invocare il beneficio della pubblicità come ogni altro terzo. Dobbiamo vedere se l'esclusione di questi creditori, che non risulta certo dal testo, risulti dai lavori preparatorii, ove si va a cercare d'ordinario quello che chiamasi lo spirito della legge. Innanzi tutto bisogna ben precisare la questione. I termini generali della legge sotto il nome di *terzi* comprendono i creditori chirografarii. Perchè sia permesso all'interprete di allontanarsi dal testo, occorre una prova ben positiva che la volontà del legislatore è stata di escluderli. Le discussioni forniscono questa prova? Il procuratore generale, che ha preso conclusioni contrarie, invoca le spiegazioni che le commissioni del Senato e della Camera dei rappresentanti hanno date sulla portata della legge, *restringendola* sempre ai terzi acquisitori di diritti reali. La parola

restringere non è esatta, poichè sembra dire che le relazioni *escludono* i creditori chirografarii, mentre in realtà non ne parlano. Questo basta già per togliere ogni autorità ai lavori preparatorii. La questione che noi discutiamo non fu prevista nè nelle relazioni nè nella discussione. E come mai il Senato e la Camera dei rappresentanti avrebbero deciso una questione che non è stata discussa? Ecco come avviene che i lavori preparatorii, invocati contro i creditori, sono invocati anche in loro favore. E quello che ha fatto la Corte di Liegi trascrivendo il testo delle relazioni. Eccole. Si legge nella relazione della commissione speciale che ha preparato la nuova legge « che questa legge ha per oggetto di *facilitare le transazioni*, d'assicurare il credito *nel modo più completo*, dando la maggiore pubblicità ai cambiamenti immobiliari ». Alla sua volta, il relatore della Camera dei rappresentanti, Lelièvre, cita le consuetudini di realizzazione o di pegno, sulle quali ritorneremo. Infine il ministro della giustizia, Fesch, dopo aver segnalato i vizii del codice civile e gli inconvenienti che la clandestinità presentava per i mutuanti, diceva, esponendo i motivi, vale a dire lo spirito della nuova legge, che questa si allontanava completamente dai principii del codice Napoleone; che secondo l'art. 1.° la trasmissione dei diritti reali non avrebbe *effetto a riguardo dei terzi* che colla trascrizione dell'atto; donde la conseguenza che il proprietario che vende *resta proprietario a riguardo dei terzi* finchè questa formalità non sia stata adempita.

Queste spiegazioni non prevedono testualmente la nostra questione e non la decidono. Tuttavia è certo che l'*Esposizione dei motivi* della legge, quale è stata fatta da tutti gli organi ufficiali del potere legislativo, è favorevole ai creditori chirografarii, perchè i motivi ch'essi allegano sono generali come il testo. Che importa se citano come esempio i terzi acquirenti di diritti reali? Essi fanno quello che si fa sempre quando si spiega una legge. La si applica ai casi che si presentano usualmente. Dire che i terzi acquirenti e i creditori ipotecarii approfitteranno della pubblicità non vuol dire che non debbano approfittarne i creditori chirografarii, quando i motivi pei quali i primi possono invocare la mancanza di pubblicità si applicano letteralmente agli ultimi. Ecco il vero spirito della legge. È quello che dice benissimo la Corte di cassazione: « La legge non ha limitato la sua sollecitudine ai contratti relativi a diritti reali, ma, spingendo più lungi le sue viste, ha voluto, per tutti i casi, rendere certo, notorio e pubblico lo stato della sostanza immobiliare di colui che si obbliga. In conseguenza il creditore che, sulla fede di questa situazione, si contenta di un'obbligazione personale, è poi, se deve ricorrere agli immobili del debitore, protetto dall'art. 1.° contro chiunque non si sarà conformato alle sue disposizioni ».

La Corte dice che è *evidente*. Ecco una parola che si può usare raramente nella nostra scienza, in cui tutto è sog-

getto a controversia. Tuttavia noi diciamo, colla sentenza, che, stando allo spirito generale della legge del 1851, si può affermare ch'esso sia favorevole ai creditori chirografarii. Che cosa si lamentava sotto il regime del codice civile? Perchè lo si trovava così difettoso? Perchè non vi era alcun mezzo d'assicurarsi che il proprietario apparente fosse il vero proprietario. I creditori chirografarii erano ingannati da questa clandestinità al pari dei creditori ipotecarii, perchè essi trattavano sulla fede d'una ricchezza immobiliare che non esisteva, o il proprietario aveva alienato i beni sui quali i creditori contavano, quando non avevano alcun mezzo di conoscere queste alienazioni. Che cosa ha voluto la nuova legge? Rendere pubblici i cambiamenti per illuminare tutti coloro che hanno interesse ad assicurarsi della situazione immobiliare di coloro coi quali contrattano. Ha essa voluto illuminare gli uni e non gli altri? La domanda è abbastanza assurda. Ma come? Il legislatore indica i difetti della clandestinità, dichiara che vi rimedierà colla più ampia pubblicità, e poi sottintenderebbe che i beneficii della pubblicità non potranno essere invocati che da certi creditori e non da altri! Il legislatore direbbe: « Grazie al sistema di pubblicità ch'io organizzo, i terzi potranno trattare con piena fiducia; essi non saranno più ingannati da una proprietà apparente ». Ed egli stesso indurrebbe in errore una parte considerevole di questi terzi, i più numerosi, i creditori chirografari, e li ingannerebbe con un sottinteso, senza dire che questi creditori non devono contare sulla pubblicità, quando il testo della legge li assicura che ogni terzo vi può far calcolo? Non è possibile. In questo senso la Corte di cassazione ha ragione di dire essere evidente che la nuova legge, proclamando il principio di pubblicità, ha voluto che giovasse a tutti, e che garantisse tutti gli interessi.

174. Dobbiamo ora rispondere alle obbiezioni che si fanno contro la dottrina della Corte suprema. Si invoca anzitutto la tradizione. Se essa fosse certa, sarebbe un grave precedente in favore dell'opinione che esclude i creditori chirografarii. Ma quale è la tradizione alla quale la legge ipotecaria si riannoda? Il procuratore generale invoca la legge dell'11 brumaio anno VII. La Corte di cassazione dice, al contrario, che la nuova legge riproduce il sistema delle opere di legge delle consuetudini di pegno. Chi ha ragione? Diremo della tradizione quello che abbiamo detto dei lavori preparatorii. La questione di sapere se i creditori chirografarii sono terzi non è stata prevista durante la discussione nè dalle commissioni, nè in seno alle Camere. Non si può dunque dire che gli autori della legge belga abbiano escluso i creditori chirografarii, poichè hanno riprodotto la legge di brumaio, la quale non aveva in vista che i creditori ipotecarii ed i terzi acquirenti. Nè si può dire che la nuova legge riproduca il sistema delle consuetudini, che comprendevano i creditori chirografarii fra i terzi di cui i doveri di legge avevano per oggetto di garantire gli interessi. Tuttavia una cosa

è certa, cioè che la nostra legge procede dalle consuetudini di pegno anzichè dalla legge di brumaio. Su questo punto i lavori preparatorii non lasciano alcun dubbio. E vi è da stupirsene? La pubblicità delle transazioni immobiliari, è la pubblicità più ampia ed assoluta, la pubblicità che dà soddisfazione a tutti gli interessi nessuno escluso, è per noi una tradizione nazionale, è la gloria del diritto consuetudinario belga, perchè tutte le nostre consuetudini consacravano il sistema delle opere di legge, mentre in Francia la clandestinità romana costituiva il diritto comune, e la pubblicità non era ammessa che in alcune provincie le quali già avevano fatto parte del Belgio. Che cosa di più naturale che il legislatore belga abbia seguito la tradizione belga?

Tutti i lavori preparatorii sono unanimi su questo punto. La commissione speciale, che ha proposto il principio di pubblicità, si appoggia sulle nostre antiche consuetudini, secondo le quali le mutazioni immobiliari non si operavano che mediante le opere di legge, vale a dire con una pubblica presa di possesso, constatata da registri pubblici. Ogni terzo era ammesso a consultare questi registri, ed ogni terzo poteva invocare la mancanza di pubblicità. Anche il relatore della commissione della camera dei rappresentanti cita le nostre consuetudini. Soltanto la realizzazione, dice Lelièvre, conferiva un diritto reale. Senza di essa il compratore non acquistava che un diritto personale contro il venditore. Le consuetudini del Brabante non consideravano che come un diritto mobiliare l'azione spettante all'acquirente in forza d'un contratto non realizzato. Nessuno, si dirà, nega che il principio di pubblicità proceda dalle consuetudini di pegno, ma ciò vuol dire che la trascrizione s'identifichi colle opere di legge? Quanto al principio, sì. Il ministro della giustizia lo ha detto nel discorso in cui espone le innovazioni della legge ipotecaria. « Le opere di legge del nostro antico diritto, dice Fesch, sono sostituite dalla trascrizione. A riguardo dei terzi, la vendita non sarà più perfetta per la semplice volontà delle parti, essa non lo sarà che colla trascrizione ». Queste parole sono considerevoli. È precisamente perchè la vendita non trascritta non ha *alcun effetto* a riguardo dei terzi che i creditori ipotecari possono opporre la mancanza di trascrizione. La vendita non trascritta è una vendita inesistente a riguardo dei terzi. Ora, si concepisce che un atto esista a riguardo di taluni terzi e non a riguardo degli altri? Le nostre consuetudini erano più logiche. Esse rifiutavano ogni effetto alla vendita non realizzata a riguardo di tutti, e anche la nostra legge ipotecaria dice che la vendita non trascritta non può essere opposta ai terzi.

175. Vi ha una legge più recente, si dice, quella dell' 11 brumaio anno VII. Il legislatore belga l'ha riprodotta. La prova sta in ciò che le parole sono presso a poco identiche. L'articolo 26 della legge di brumaio è così concepito: « Gli atti traslativi di beni e diritti suscettivi d'ipoteca devono essere

trascritti sui registri dell'ufficio del conservatore delle ipoteche nel cui circondario i beni sono situati. Fino allora essi non possono essere opposti ai terzi che avessero contrattato col venditore e si fossero conformati alle disposizioni della presente ». L'analogia fra questa dicitura e quella della nostra legge ipotecaria è evidente, ma vi hanno differenze che sono pure incontestabili, e queste differenze implicano un principio diverso. Lo ha osservato la Corte di cassazione per combattere l'argomento che il procuratore generale attingeva nella legge dell'anno VII. La nostra legge parla dei terzi in generale, senza restringere il significato generale che questa espressione ha nel linguaggio ordinario, e specialmente in materia di trascrizione. Non così della legge di brumaio. Essa aggiunge alla parola terzi una disposizione che ne limita il senso. Infatti, l'art. 26 dice che l'atto non trascritto non può essere opposto ai terzi *che avessero contrattato col venditore e si fossero conformati alle disposizioni della presente.* Non vi sono dunque che i terzi i quali hanno fatto certi *contratti* col *venditore* che possono opporre la mancanza di trascrizione. Quali sono questi contratti? L'art. 26 lo dice. Sono quelli che la legge dell'anno VII assoggetta alla pubblicità, ossia gli atti di vendita e gli atti d'ipoteca. In tal modo sono esclusi i creditori chirografarii, perchè i contratti che questi stipulano non devono essere resi pubblici. Così il confronto delle due leggi prova ch'esse hanno un oggetto diverso. La legge di brumaio non ha voluto tutelare che gli interessi dei terzi i quali hanno stipulato un diritto reale sulla cosa venduta; essa non si è preoccupata dei diritti dei creditori chirografarii. La legge belga, al contrario, ha inteso garantire tutti gli interessi. Ciò che dimostra ancora come lo spirito delle due leggi non sia lo stesso si è che la pubblicità è meno larga secondo la legge di brumaio. Essa non prescrive la trascrizione che per gli atti capaci d'ipoteca, il che indica ch'essa non ha in vista che gli interessi dei creditori ipotecari, mentre la legge belga assoggetta alla trascrizione *tutti* gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. La differenza è caratteristica e decisiva. In un sistema di pubblicità generale e che ha per oggetto di garantire tutti gli interessi legittimi, l'esclusione dei creditori chirografarii sarebbe una anomalia inesplicabile.

176. È vero che il legislatore francese lo ha fatto. La legge del 23 marzo 1855 esclude i creditori chirografarii. Il relatore lo ha detto in termini formali. Ma il confronto di questa legge colla nostra prova ancora che la legge belga è concepita con intenti diversi. L'art. 3 della legge francese dispone: « Fino alla trascrizione i diritti risultanti dagli atti e sentenze enunciati negli articoli precedenti non possono essere opposti ai terzi che hanno diritti sull'immobile e che li hanno conservati conformandosi alla legge ». Si vede come la legge del 1855 sia la riproduzione di quella dell'anno VII. È la stessa disposizione resa più chiara, ma è anche la stessa restrizione. Non temiamo

di dirlo. Il legislatore francese è stato traviato dalla tradizione francese, mentre il legislatore belga fu meglio ispirato dalla nostra tradizione consuetudinaria, dalle consuetudini di pegno. La tradizione francese, in questa materia, è la tradizione della clandestinità, da cui il legislatore rivoluzionario ha stentato a liberarsi e da cui non si è liberato che incompletamente. L'abbiamo detto più sopra. La barbarie feudale, qui come in molte altre cose, è stata superiore alla scienza dei giureconsulti. La critica che facciamo della legge del 1855 non ha per oggetto che di mettere in tutta la sua luce il principio della legge belga. Del resto, anche in Francia, uno dei migliori commentatori di questa legge, Mourlon, le ha rimproverato, come uno dei suoi grandi difetti, l'ineguaglianza inesplicabile ch'essa stabilisce fra i creditori chirografarii e i terzi che hanno un diritto reale sulla cosa. Trascriviamo le sue parole, perchè confermano tutto quanto abbiamo detto in favore dei creditori chirografarii.

Dopo aver ricordato la relazione la quale dice formalmente che i creditori chirografarii non possono opporre la mancanza di trascrizione, Mourlon soggiunge: « Il principio è certo, ma è desso razionale? Qual fondamento lo legittima? Con quali considerazioni lo si spiega? Ecco quello che abbiamo invano cercato. Se l'errore nel quale gli acquirenti sono indotti dalla clandestinità dei loro titoli può recar loro un danno, perchè non venire in loro soccorso? La loro sicurezza è dunque così estranea all'organizzazione del credito, al movimento regolare degli affari, in una parola, al bene pubblico, che non si debba tenerne alcun conto? Come non si vede che, abbandonandoli così, invece di creare la fiducia, al contrario, la si distrugge poichè si rende ovunque imperiosamente necessario l'intervento delle garanzie ipotecarie? Il credito non raggiungerà l'ultima perfezione che il giorno in cui potrà fare a meno del soccorso dell'ipoteca. Se dunque il principio della pubblicità è giusto, se è d'ordine pubblico, deve essere la salvaguardia di tutti coloro, quali essi si siano, che, o per un titolo o per un altro, possono aver interesse a conoscere la misura del credito che possono concedere al proprietario col quale si mettono in relazione d'affari » (1).

177. Si fanno ancora altre obbiezioni contro la sentenza della Corte suprema (2). Avremmo creduto inutile discuterle, se un insigne giureconsulto, il procuratore generale alla Corte di cassazione, non avesse prestato loro l'appoggio della sua autorità. L'oggetto della legge ipotecaria, si dice, nell'ordinare la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari, è indicato dall'intitolazione stessa delle disposizioni preliminari.

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 48, n. 436.

(2) CASIER, *Studii sulla legge ipotecaria*, p. 43, n. 28. CLOES, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 53, n. 105. Cfr. MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 84, n. 66, e p. 94, n. 73.

Queste disposizioni portano per titolo: *Della trasmissione dei diritti reali.* Se ne conchiude che devono essere ristrette alle persone che pretendono un diritto reale. L'argomento ne sembra strano. L'intitolazione ci apprende forse che cosa si deve intendere per *terzi*, quando non parla nemmeno dei terzi? Le parole « della trasmissione dei *diritti reali* » indicano che i diritti reali sono soggetti a trascrizione quando sono immobiliari, salvo i privilegi e le ipoteche. In altri termini, l'intitolazione pone la questione di sapere quali sono i diritti reali che devono essere trascritti, ma essa è assolutamente estranea alla questione di sapere quale sia *l'effetto della pubblicità* e quale sia *l'effetto* della *mancanza di pubblicità*. Le disposizioni preliminari non rispondono direttamente alla questione di sapere se i creditori chirografarii possono invocare la mancanza di pubblicità. È una questione d'interpretazione che si deve risolvere appoggiandosi al testo ed allo spirito della legge. Conchiudere dal fatto che le disposizioni preliminari trattano della trascrizione dei diritti reali, che soltanto coloro i quali hanno un diritto reale sulla cosa possono opporre la mancanza di pubblicità è certamente far dire al legislatore quello che egli non volle perchè, ripetiamo, la questione che esaminiamo non è stata preveduta dagli autori della legge. E si vuole ch'essi l'abbiano decisa con una intitolazione che vi è estranea! Ecco una di quelle cattive ragioni che indeboliscono una causa invece di fortificarla.

178. Accade lo stesso dell'argomento che si attinge nell'art. 4 il quale, si dice, indica, se non esplicitamente almeno implicitamente, quali sono i diritti proprii alla qualità di terzi a da cui, per conseguenza, dipende questa qualità. Ora, l'art. 4 dispone: « Saranno valide tutte le alienazioni fatte, tutte le ipoteche e gli altri pesi imposti anteriormente all'iscrizione delle domande di revoca di diritti reali immobiliari ». L'argomento è uno di quelli che violentano la legge, facendo decidere al legislatore difficoltà alle quali non ha nemmeno pensato. Abbiamo detto sovente che si eviterebbero molti errori se, interpretando una legge, si domandasse innanzi tutto quale ne fu l'oggetto e che cosa il legislatore ha voluto decidere. Ora, quale è l'oggetto dell'art. 4? Quello forse di decidere se i creditori chirografari sono o non sono terzi? Basta leggere la legge per convincersi che il legislatore non ha nemmeno potuto pensare ai creditori chirografarii. Si tratta di sapere se, nel caso in cui la proprietà è revocata senza retroattività, gli atti di disposizione emanati dal proprietario il cui diritto vien revocato siano mantenuti fino alla sentenza, o fino alla domanda, o fino alla pubblicità della domanda. La legge decide la questione in quest'ultimo senso, come aveva già fatto l'art. 958 del codice Napoleone. Si vede conseguentemente perchè l'art. 4 non menziona che gli atti di disposizione, giacchè la sentenza che pronuncia la revoca non ha effetto che su questi atti. È un'applicazione del principio che la

revoca della proprietà importa la revoca degli atti di disposizione fatti dal proprietario mentre nel caso di revoca *ex nunc*, come si dice scolasticamente, la revoca non fa cadere che gli atti posteriori all'iscrizione della domanda. Che cosa ha ciò di comune col significato della parola *terzi* nell'art. 1.°, in cui non si parla di revoca?

179. Contro i creditori chirografarii si invoca anche il principio che regola il diritto che la legge dà loro sui beni del debitore. Questi beni costituiscono la loro garanzia, ma una tal garanzia non accorda loro alcun diritto attuale sui beni. Il debitore ne conserva la piena e libera disposizione, può alienarli o ipotecarli, e sottrarli così all'azione dei suoi creditori personali. Costoro non possono sequestrare che gli immobili che il debitore possiede al momento in cui procedono all'esecuzione forzata delle obbligazioni ch'egli ha contratte; essi non possono seguire i beni alienati nelle mani dei terzi possessori, perchè non hanno il diritto di evizione. Che importa dunque che l'atto di vendita sia o non sia trascritto? Dal momento che l'immobile è uscito dal patrimonio del loro debitore sfugge all'azione dei suoi creditori personali, perchè essi non possono agire sui beni se non in quanto siano una dipendenza della persona.

Ecco almeno un argomento che ha un'apparenza giuridica, ma non è che un'apparenza. I diritti dei creditori chirografarii sui beni del loro debitore erano effettivamente quali abbiamo detto, sotto l'impero del codice civile. Ma la questione di sapere se essi sono *terzi* nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria non può più essere decisa dal codice Napoleone, deve essere decisa dalla nuova legge. Infatti, il codice non dava a nessun terzo un diritto contro gli atti di disposizione fatti da un proprietario, nel senso che, non essendo questi atti soggetti ad alcuna pubblicità, nessuno poteva invocare una mancanza di pubblicità. Questo sistema di clandestinità è abrogato e sostituito dal sistema di pubblicità. Invocare una legislazione abrogata per indurne che la nuova legge ha lo stesso senso della legge antica è dire un non senso. I *terzi* hanno oggi diritti che non avevano sotto l'impero del codice. Quando si tratta dei terzi bisogna dunque lasciar da parte il codice per attenersi alla legge ipotecaria.

180. Diciamo che il codice Napoleone non attribuiva alcun diritto ai terzi contro gli atti compiuti dal proprietario degli immobili. Questi atti avevano effetto a riguardo dei terzi, quantunque non fossero resi pubblici. Vi era però un'eccezione, ed importante, per quanto riguarda la questione che discutiamo. Le ipoteche ed i privilegi erano soggetti alla pubblicità benchè non vi fossero soggetti gli atti traslativi di proprietà immobiliare. Ne risultava una conseguenza gravissima, che i creditori ipotecari non potevano opporre la loro ipoteca ai terzi se non era inscritta, e fra questi terzi si trovavano anche i creditori chirografarii. L'inconseguenza del codice Napoleone era palpabile. Il proprie-

tario poteva sottrarre tutti i suoi beni all'azione dei suoi creditori personali alienandoli. Questi non avevano il diritto di evizione, essi potevano soltanto intentare l'azione pauliana, se l'alienazione era fatta in frode dei loro diritti, azione arrischiatissima, poichè dovevano provare la complicità dei terzi acquirenti, mentre se, invece d'alienare, il proprietario concedeva un'ipoteca, ossia un semplice diritto reale, i creditori chirografarii potevano opporre ai creditori ipotecari la mancanza d'iscrizione, perchè fra i creditori l'ipoteca non prendeva grado che dal giorno dell'iscrizione, un'ipoteca non inscritta era senza efficacia a riguardo dei terzi. Domanderemo se vi fosse una ragione qualunque per garantire i diritti dei creditori chirografarii contro le ipoteche occulte, quando si lasciavano senza garanzia alcuna contro le vendite occulte? Non si domanda ragione ad una legislazione sostanzialmente inconseguente. Ma ad un nuovo legislatore si è in diritto di domandare perchè non corregga i difetti della legge che si è proposto di correggere. Secondo l'interpretazione che noi diamo alla legge, il legislatore belga è conseguente e logico; esso tutela i diritti di *tutti i terzi*, e li tutela contro tutti gli atti compiuti da un proprietario d'immobili. Il codice civile permetteva ai creditori chirografarii d'opporre ai creditori ipotecarii la mancanza d'iscrizione delle loro ipoteche; la legge belga estende questa garanzia alle alienazioni. I creditori chirografarii sono dunque trattati come *terzi* ed a riguardo dei creditori ipotecarii ed a riguardo degli acquirenti. Nel sistema di pubblicità della nuova legge vi sarebbe stata una ingiustificabile inconseguenza, se avesse considerato i creditori chirografarii come terzi a riguardo delle ipoteche, e non li avesse considerati come terzi a riguardo delle alienazioni. Estendendo la pubblicità incompleta del codice Napoleone a tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari, essa doveva pure estendere a tutti questi atti quello che il codice diceva dei soli atti che assoggettava alla pubblicità, vale a dire delle ipoteche. *Terzi* a riguardo delle ipoteche, in forza del codice civile, dovevano essere *terzi* anche a riguardo delle alienazioni, in forza d'una legge che applica alle alienazioni il sistema di pubblicità che il codice restringeva alle ipoteche. È vero che il legislatore francese ha commesso questa inconsegnenza, ma gli è stata anche duramente rimproverata. « Per quale errore di logica, dice Mourlon, si sono lasciati esposti ai pericoli della clandestinità delle alienazioni immobiliari coloro stessi che si è creduto di dovere, per un ben inteso interesse d'ordine pubblico, proteggere contro la clandestinità delle semplici ipoteche? Sarebbe sicuramente difficile immaginare qualche cosa di più contraddittorio » (1). Felicitiamoci che il legislatore belga non ha commesso questa incredibile inconseguenza. Che dire di coloro i quali, dopo

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 48, n. 435.

la sentenza della Corte di cassazione, dopo la sentenza della Corte di Liegi, si ostinano a voler dare alla legge belga una interpretazione la quale conduce ad inconseguenze che i nostri vicini del mezzogiorno deplorano amaramente?

181. Nell'opinione che rifiuta ai creditori chirografarii i diritti che i terzi hanno d'opporre la mancanza di trascrizione, si presenta una difficoltà sulla quale vi ha controversia. I creditori chirografarii hanno il diritto di sequestro. Se sequestrano un immobile del loro debitore, prevarrà l'alienazione al sequestro o il sequestro all'alienazione? Secondo la nostra opinione, la soluzione non è dubbia. I creditori possono sequestrare i beni del loro debitore finchè non sono venduti, e la vendita non esiste a loro riguardo che quando è trascritta. Secondo l'opinione contraria, la questione è molto controversa. Ci limitiamo a porla quale si presenta secondo la legislazione francese, che non considera i creditori chirografarii come terzi. Si distingue. Se l'alienazione è posteriore alla trascrizione del sequestro, è nullà, lo dice il codice di procedura. Se l'alienazione è anteriore e questa trascrizione, allora nasce la difficoltà che abbiamo indicato. Essa ha dato luogo a tre sistemi. Se i creditori chirografarii non sono terzi, dicono gli uni, bisogna decidere che l'alienazione fa cadere il loro diritto di sequestro, perchè i beni venduti escono dal patrimonio del debitore, quand'anche la vendita non fosse trascritta, non potendo i creditori chirografarii invocare la mancanza di trascrizione. Secondo un'altra opinione si sostiene che la trascrizione del sequestro cambia il diritto dei creditori sequestranti. Da personale che era diviene reale, e quindi l'alienazione non trascritta al momento in cui il sequestro è reso pubblico non può più esser loro opposta. Finalmente secondo un terzo sistema si distingue fra i creditori chirografarii ed i creditori ipotecarii. A costoro si riconosce il diritto d'invocare la mancanza di trascrizione mentre la si rifiuta agli altri (1). Non entriamo in questa quistione, poichè, secondo la dottrina consacrata dalla giurisprudenza delle Corti del Belgio, non può più presentarsi, e se si ammette l'opinione contraria, la controversia appartiene alla procedura.

N. 2. — Del conflitto tra aventi causa da autori diversi.

182. Fin qui abbiamo supposto che il conflitto nato dalla mancanza di trascrizione sorga fra persone che derivano il loro diritto dallo stesso autore. I principii che abbiamo esposti sono applicabili al caso in cui i diritti reali procedano da autori diversi? Io vendo un immobile a Pietro che non trascrive. Pietro

---

(1) Mourlon, *Della trascrizione*, t. II, n. 85 e seg., e n. 106 e seg.

lo rivende a Paolo che trascrive il suo titolo, senza trascrivere quello del suo autore. Si può, in questo caso, opporgli gli atti traslativi di proprietà fatti da me, venditore originario, per esempio, la vendita che ho consentita a Primo, dopo aver venduto a Pietro? Bisogna decidere che Paolo, quantunque abbia trascritto il suo titolo, non sarà proprietario a riguardo di Primo. Abbiamo già deciso così, osservando che la trascrizione non assicura sempre la proprietà a colui che l'ha acquistata (n. 163). È qui il luogo di motivare la nostra decisione, perchè la questione è controversa.

Abbiamo posto il principio che un atto di vendita non trascritto non esiste a riguardo dei terzi. Il venditore resta proprietario a loro riguardo e, per conseguenza, se fa atti di disposizione, i suoi aventi causa potranno opporli all'acquirente che non ha trascritto. Questi non è proprietario che a riguardo del venditore, non lo è a riguardo dei terzi ai quali il venditore trasmette diritti reali. Ora, egli non può trasmettere ai suoi aventi causa maggiori diritti di quelli che abbia egli stesso. Non essendo proprietario a riguardo dei terzi, non può trasmettere ad un compratore la proprietà rispetto ai terzi. Invano questo acquirente trascriverebbe. La trascrizione non dà un diritto nuovo, essa non fa che rendere pubblico il diritto che risulta dal titolo. In forza del suo titolo egli non ha potuto divenire proprietario a riguardo dei terzi, perchè il suo autore non lo era. Dunque, malgrado la trascrizione, egli non sarà proprietario a riguardo degli aventi causa del venditore primitivo, non lo sarà che di fronte agli aventi causa del suo autore.

Applichiamo questi principii all'esempio che abbiamo dato desumendolo dalla dottrina. La difficoltà non si è ancora presentata avanti i tribunali. Io vendo un immobile a Pietro che non trascrive. Pietro non sarà proprietario che a mio riguardo, non lo sarà rispetto ai terzi, e quindi non ha che una proprietà relativa. Egli rivende l'immobile a Paolo. Qual diritto gli trasferisce? Una proprietà assoluta, opponibile a tutti? No, perchè egli non può trasmettere a Paolo una proprietà che non ha. Non avendo che una proprietà relativa non può trasferire a Paolo che una proprietà relativa. Invano Paolo trascriverà il suo titolo. Questa trascrizione non gli conferisce diritti che non aveva Pietro, suo autore. Ora, il suo autore non poteva opporre la sua proprietà ai terzi aventi causa dal suo venditore. Nella specie, Pietro non poteva opporre il suo atto a Primo che teneva il suo diritto da me, venditore primitivo, rimasto proprietario a riguardo dei terzi, e quindi anche Paolo non può opporre il suo atto a Primo. Paolo dirà che, avendo trascritto il suo titolo, deve essere proprietario a riguardo di tutti? Gli si risponderà ch'egli non può aver maggiori diritti del suo autore. Se Pietro non fosse stato proprietario, è certo che, malgrado la trascrizione, Paolo non avrebbe acquistato la proprietà dell'immobile. Per la identica ragione, Paolo non può acquistare una proprietà

assoluta quando Pietro non aveva che una proprietà relativa. Pietro non poteva opporre il suo atto a Primo, mio avente causa, e quindi anche Paolo non può farlo. Si domanderà a che serva allora la trascrizione? Essa consolida la proprietà nelle mani di Paolo contro i terzi che tengono il loro diritto da Pietro, suo autore, ma non permette a Paolo d'opporre la sua proprietà ai terzi che derivano il loro diritto da me, venditore primitivo, e rimasto proprietario a riguardo dei terzi, perchè Pietro non ha trascritto il suo titolo.

Questa conseguenza, che pare ingiusta quando non si consideri che la situazione di Paolo ultimo acquirente, il quale si è conformato alla legge trascrivendo il suo titolo, è naturalissima e giustissima quando si considerano i diritti dei terzi, aventi causa da me, venditore originario. Primo acquista l'immobile che io aveva venduto a Pietro e che Pietro ha rivenduto a Paolo senza aver trascritto. Ha egli un mezzo d'assicurarsi, consultando il registro delle trascrizioni. che io ho venduto l'immobile a Pietro? No, perchè l'atto di vendita non è trascritto. e quindi quando egli domanda al conservatore se vi ha un atto col quale io ho disposto della cosa, il conservatore risponderà ch'esso non esiste sui suoi registri. È vero che Pietro ha rivenduto l'immobile a Paolo, il quale ha trascritto, ma tutto ciò che risulta da questa trascrizione si è che Pietro figurerà come venditore sui registri del conservatore. Io non vi figuro, e siccome i registri non fanno conoscere che i nomi del venditore e del compratore e non menzionano l'immobile venduto, Primo non ha alcun mezzo d'apprendere che l'immobile ch'egli acquista è passato nelle mani di Paolo. Egli deve dunque credere che io ne sia rimasto proprietario, e quindi la legge deve consolidare la proprietà nelle sue mani contro Paolo subacquirente. Ciò è anche equo. Paolo non doveva contentarsi di trascrivere il suo titolo, ma doveva assicurarsi innanzi tutto se Pietro, suo autore, aveva trascritto il proprio, e vedendo che non lo aveva fatto. avrebbe dovuto rifiutar di trattare fino a che questa trascrizione non fosse seguita. Egli ha dunque una negligenza da rimproverarsi, mentre a Primo non si può muovere alcun rimprovero; egli ha trattato sulla fede del certificato che gli ha rilasciato il conservatore delle ipoteche. In sostanza, chi acquista un immobile deve esigere che il titolo del suo autore sia trascritto, se vuol essere proprietario a riguardo di coloro che potrebbero aver acquistato diritti dell'autore del suo autore. È cosa perfettamente logica. Se la pubblicità garantisce tutti i diritti, li garantisce a condizione che tutti gli atti traslativi di proprietà siano stati resi pubblici (1).

183. Si applicano gli stessi principii quando il conflitto esiste

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 72, n. 448. AUBRY e RAU, t. II, p. 315, nota 99, e, in senso diverso, gli autori che citano.

fra creditori ipotecari i cui titoli procedano da autori diversi. Io vendo un immobile a Pietro, che non trascrive, e che costituisce un'ipoteca su questo immobile a favore di Paolo. Io consento in seguito un'ipoteca a Primo su questo stesso immobile. Quale dei due creditori ipotecari avrà la prevalenza sull'altro? Non avendo Pietro trascritto il suo titolo, io, venditore, son rimasto proprietario a riguardo dei terzi, e quindi ho il diritto d'ipotecare, e l'ipoteca che consento a Primo è valida a riguardo dei terzi. Per contrario, l'ipoteca che Pietro ha consentito a Paolo non è valida a riguardo dei terzi, perchè, non avendo trascritto, egli non è proprietario rispetto a loro e, quindi, non può consentire un'ipoteca opponibile ai terzi. Così Primo può opporre la sua ipoteca a Paolo, mentre Paolo non può opporre la sua a Primo. È quanto dire che questi avrà la prevalenza su Paolo (1).

184. Ne consegue che l'acquirente il quale vuol mettersi al coperto dall'azione ipotecaria dei creditori anteriori deve trascrivere non solo il proprio titolo, ma anche i titoli dei suoi autori mediati. Un immobile è venduto successivamente a Pietro e a Paolo. Al momento della vendita a Pietro l'immobile era gravato, in favore di Primo, d'una ipoteca non iscritta. Se Pietro avesse trascritto, avrebbe liberato l'immobile da questa ipoteca, poichè il creditore non può più inscrivere l'ipoteca dopo la trascrizione della vendita. Ma non avendo Pietro trascritto, il venditore ipotecario conserva il suo diritto e può sempre prendere l'iscrizione. Pietro rivende l'immobile a Paolo, e lo vende come lo possedeva, ossia gravato di un'ipoteca non iscritta, ma che il creditore poteva far inscrivere. Dunque il creditore ipotecario conserva il suo diritto contro Paolo. Se Paolo trascrive, Primo, creditore ipotecario, perderà il suo diritto, nel senso che non può più iscriverlo? No, perchè, avendo il creditore conservato il suo diritto contro Pietro, questi non può trasmettere a Paolo maggiori diritti di quelli ch'abbia egli stesso. Egli possedeva un immobile gravato di un'ipoteca, quantunque non iscritta, e quindi trasmette a Paolo una proprietà gravata d'una ipoteca che il creditore può sempre iscrivere. Invano Paolo trascriverà il suo titolo. Questa trascrizione lo mette, è vero, al coperto dall'iscrizione che potevano prendere i creditori del suo autore, Pietro, ma non lo tutela contro l'iscrizione del creditore anteriore, Primo, il quale può prendere iscrizione finchè Pietro non abbia trascritto. Bisogna dunque che Paolo si curi di far trascrivere l'atto di Pietro, prima di comperare, e di trascrivere il suo titolo. Se non lo fa, l'ipoteca di Primo potrà essere inscritta dopo la trascrizione del suo titolo, come poteva esserlo contro il di lui autore. Si applica il principio che

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 317, nota 100, § 209, e, in senso diverso, gli autori che citano.

abbiamo esposto riguardo al conflitto fra due acquirenti i cui titoli procedono da un autore diverso (n. 182). L'ultimo acquirente si lagnerebbe invano che, malgrado la trascrizione, l'immobile resti gravato dall'ipoteca di Primo, il quale derivava il suo diritto dal venditore primitivo. Egli ha avuto torto di trattare con Paolo senza esigere la trasmissione dell'atto col quale Pietro, autore di Paolo, è divenuto proprietario, perchè soltanto dopo questa trascrizione Pietro resta liberato dalle ipoteche consentite dal suo autore e non iscritte. Primo, creditore ipotecario, non è costituito in mora dalla trascrizione d'un atto di vendita in cui non figura il suo debitore. Quanto all'atto di vendita in cui figura il debitore, non può essergli opposto, poichè questo atto non è trascritto. Dunque, a suo riguardo, l'immobile è sempre nel patrimonio del debitore che gli ha concesso l'ipoteca, e quindi egli può prendere iscrizione finchè l'atto col quale il debitore ha alienato l'immobile non sia stato trascritto (1).

N. 3. — Quali sono le persone che non possono invocare la mancanza di trascrizione.

185. La trascrizione è prescritta nell'interesse dei terzi: essa è estranea ai rapporti delle parti contraenti. Ne consegue che queste non possono invocare la mancanza di trascrizione per liberarsi dalle obbligazioni che il contratto non trascritto impone loro. Il compratore è proprietario a riguardo del venditore, e questi ha l'azione nascente dalla vendita contro il compratore.

Bisogna andare più in là a dire che il venditore cessa di essere proprietario non solo a riguardo del compratore, ma anche rispetto agli aventi causa del compratore? Parliamo degli aventi causa a titolo particolare. La questione è importantissima in materia di privilegi. Vi ritorneremo. Pel momento bisogua porre il principio. Quello che diremo dei diritti del venditore privilegiato non ne è che una conseguenza. Il venditore resta proprietario a riguardo dei terzi, in qual senso? Soltanto nel senso che gli atti di disposizione ch'egli fa posteriormente alla vendita sono validi a riguardo dei terzi? O il venditore può invocare il principio anche a suo vantaggio, e pretendersi ancora investito della proprietà dell'immobile a riguardo degli aventi causa del compratore, come un subacquirente od un creditore ipotecario? A nostro avviso, il venditore resta proprietario a riguardo di tutti, salvo del compratore e dei suoi eredi e successori universali. È la conseguenza logica del principio che la vendita non trascritta non produce effetto che fra le parti contraenti e i loro eredi. Senza dubbio, questo principio è stato stabilito nell'interesse dei terzi e non del

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 251, nn. 595-600.

venditore; ma non si può scindere il principio e dire che il venditore sarà proprietario se l'interesse dei terzi lo esige, e non lo sarà invece se l'interesse dei terzi richiede che non lo sia. Infatti, una vendita non iscritta è una vendita inesistente. Ora, ciò che non esiste non può produrre alcun effetto, e tutti quelli che sono interessati ad invocare la non esistenza del contratto ne hanno il diritto. Dunque il venditore può invocare l'inesistenza del contratto come possono invocarla i terzi. Il compratore rivende. Il subacquirente è proprietario a riguardo del venditore? Il venditore e il subacquirente sono terzi l'uno rispetto all'altro. Ora il principio è che il venditore resta proprietario a riguardo dei terzi. Se il venditore è proprietario a riguardo del subacquirente, non è possibile che il subacquirente lo sia a riguardo del venditore. Che tale sia la teoria della legge lo dimostra il fatto che il venditore può alienare e ipotecare l'immobile. Questi atti sono validi a riguardo del compratore che ha trascurato di trascrivere. Ora, se il venditore ha il diritto d'alienare e d'ipotecare, è impossibile che l'acquirente abbia questo diritto. Non possono esservi due proprietari esclusivi della stessa cosa a riguardo dei terzi. Se lo è il venditore, non lo è il compratore. Dunque il venditore può opporre il suo diritto al subacquirente.

186. Se la vendita esiste fra le parti, esiste pure a riguardo dei loro eredi e successori universali. Questi succedono nei diritti del loro autore, come sono tenuti alle sue obbligazioni. I contratti hanno dunque a loro riguardo i medesimi effetti che fra le parti contraenti, perchè essi vi sono parti. Poco importa che gli eredi accettino la successione con beneficio d'inventario, perchè l'erede beneficiato rappresenta il defunto al pari dell'erede puro e semplice, salvo che non è tenuto ai debiti se non fino a concorrenza dei beni a lui pervenuti (1).

Sotto l'impero del codice civile vi era controversia sul punto di sapere se gli eredi del donante potevano opporre ai donatari la mancanza di trascrizione. Questa controversia vien meno, perchè le donazioni sono rette dalla nuova legge, e, secondo l'art. 1.° della nostra legge ipotecaria, non vi sono che i *terzi* i quali possano invocare la mancanza di pubblicità, e gli eredi delle parti non sono certamente terzi. Si fanno però delle obbiezioni in loro favore contro il principio della nuova legge. Se, si dice, gli atti del defunto hanno effetto a loro riguardo, potranno essere ingannati, poichè accetteranno una successione che avrebbero ripudiata se questi atti fossero stati trascritti (2). È verissimo, ma quest'ordine d'idee è estraneo alla trascrizione. Essa non è stata stabilita nell'interesse degli eredi, ma in quello

---

(1) MOURLON, *Commentario*, t. I, p. 83, n. 64. TROPLONG, *Della trascrizione*, pagina 301, nn. 144 e 145.

(2) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 49, n. 435.

dei terzi, come garanzia della proprietà e del credito. Agli eredi la legge ha dato un'altra garanzia, quella del beneficio d'inventario. Si doveva andare oltre ed estendere agli eredi il principio della pubblicità? Una pubblicità completa sarebbe forse la migliore delle garanzie, ma se si può ottenerla per le transazioni immobiliari, è difficile organizzarla riguardo ai debiti.

187. Ecco un'applicazione di questi principii. Il defunto, dopo aver venduto un immobile a Pietro, che non trascrive, lo vende a Paolo, suo erede presuntivo, che trascrive. Paolo accetta la successione puramente e semplicemente. Può egli opporre il suo atto trascritto all'atto non trascritto di Pietro? No, non lo può come erede del venditore, perchè, come tale, egli deve garantire la vendita, e chi è tenuto alla garanzia non può evincere colui al quale la deve. Sarebbe così quand'anche vi fossero più eredi. Si può obbiettare che, se Paolo non è erede che per una parte, non è obbligato alla garanzia che per la sua parte ereditaria. Rispondiamo, e la risposta è perentoria, che l'eccezione di garanzia che gli opporrebbe Pietro, primo compratore, è indivisibile, come abbiamo detto al titolo della *Vendita*.

Non vi ha dubbio che nel caso seguente Paolo, erede presuntivo e compratore, accetta con beneficio d'inventario. Può egli, in questo caso, far valere il suo diritto contro Pietro? Lo crediamo, per la ragione che l'erede può far valere i diritti personali che gli spettano. A questo riguardo egli è un terzo. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo delle *Successioni*. Si obbietta che questa decisione è in contraddizione con quanto abbiamo osservato (n. 186), cioè che l'erede, anche benefiziato, non può sostenere che gli immobili di cui il defunto ha disposto con atti non trascritti sono ancora nel suo patrimonio, mentre ora pretendiamo ch'egli può opporre la mancanza di trascrizione ad un acquirente che non ha trascritto. La contraddizione non è che apparente, perchè le due ipotesi sono diverse. Nella prima l'erede benefiziato non ha altra qualità che quella d'erede e, come tale, non può invocare la mancanza di trascrizione. Nella seconda ipotesi, egli invoca, non la sua qualità d'erede, ma la sua qualità di compratore. Ora, uno degli effetti del benefizio d'inventario è che l'erede benefiziato conserva i diritti proprii che gli appartengono in forza d'atti stipulati col defunto (1).

188. Che dovrà dirsi dei legatari a titolo particolare? Sono essi terzi nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria? Si insegna la negativa. La questione pare eliminata dal testo stesso della legge belga. Gli atti non trascritti, dice l'art. 1.°, non possono essere opposti ai terzi che *contrattano* senza frode. Questi termini escludono, si dice, il legatario che non contratta (2). Non

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 370, nota 88, § 209, e gli autori in senso diverso che citano.

(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 98, n. 75, e CASIER, *Studii*

è questo attenersi troppo strettamente alla lettera della legge? Abbiamo detto più sopra che la legge ha un senso più generale; ch'essa pone il principio che l'atto non trascritto non esiste a riguardo dei terzi (n. 159), e abbiamo applicato questo principio al venditore (n. 185). A nostro avviso, può invocarlo anche il legatario. Supponiamo che, dopo aver venduto un immobile, il testatore ne disponga per legato. Il legatario non è rappresentante del defunto, egli non ha figurato nel contratto, e quindi è un terzo. Come tale, ha interesse ad opporre la mancanza di trascrizione. A suo riguardo, il testatore era ancora proprietario, e quindi ha potuto disporre della cosa. Se l'avesse donata, il donatario avrebbe potuto invocare la mancanza di trascrizione (n. 168). Se il donatario prevale al compratore che non ha trascritto, perchè non prevarrebbe il legatario? Perchè non ha contrattato? Ma in qual senso contratta il donatario? Egli non si obbliga, consente a ricevere. Sotto questo riguardo, anche il legatario contratta, perchè egli pure consente. Lo stesso Pothier chiamava l'accettazione un quasi-contratto. Vi ha un argomento più decisivo nel testo medesimo della nostra legge. L'art. 5 dice che la cessione d'un credito ipotecario non può essere opposta ai *terzi* se non è stata resa pubblica mediante l'inscrizione. La legge non parla più di *contrattare*; basta essere terzo perchè si possa respingere una cessione non iscritta. Dunque il legatario potrà invocare la mancanza d'inscrizione della cessione d'un credito che gli è stato legato. Se è un terzo riguardo alle *cessioni*, lo sarà anche per gli *atti traslativi di diritti reali immobiliari*, perchè l'art. 5 non fa che applicare il principio dell'art. 1.° Non si concepirebbe che vi fossero due principii diversi per atti identici.

189. Coloro ai quali spetta di far eseguire la trascrizione possono opporne la mancanza? Il codice civile prevede la difficoltà relativamente alle donazioni. A termini dell' articolo 941, le persone tenute a far trascrivere non possono invocare la mancanza di trascrizione. La legge ipotecaria non ha riprodotto questa disposizione. Si deve conchiuderne che sia abrogata? Anzichè abrogata, essa è mantenuta implicitamente dalla nuova legge. Infatti, secondo l'art. 1.°, soltanto le parti che hanno contrattato *senza frode* possono opporre la mancanza di trascrizione; il che esclude i terzi che, contrattando, avevano conoscenza dell'atto non trascritto. Ora, coloro cui spetta di trascrivere hanno necessariamente conoscenza dell'atto che devono rendere pubblico, perchè chi sono essi? Gli amministratori legali degli incapaci o degli istituti pubblici. Ora, questi figurano negli atti, ed è loro dovere di completare questi

---

sulla legge ipotecaria, p. 45, n. 29. Anche gli autori francesi si pronunciano contro il legatario per un motivo preso nel testo della legge del 1855 (AUBRY e RAU, t. II, p. 311, nota 90, § 209).

atti mediante la trascrizione. Se, invece d'assicurare i diritti degli incapaci, contrattano in loro danno, si può dire, alla lettera, che sono colpevoli di frode, perchè spogliano coloro che dovrebbero proteggere. La legge non ha potuto permettere a costoro d'invocare la violazione del proprio dovere per avvantaggiarsi a danno degli incapaci. Così i mandatari legali sono esclusi in forza dei principii generali, astrazion fatta dall'art. 941. In applicazione degli stessi principii, bisogna escludere i mandatari convenzionali. Identico è il motivo di decidere (1).

190. L'art. 941 soggiunge che anche gli *aventi causa* delle persone incaricate di far trascrivere non possono opporre la mancanza di trascrizione. Che cosa si deve intendere qui per *aventi causa?* La questione era controversa sotto l'impero del codice civile, ma non può esserlo più sotto la nuova legge, ed è questa che deve ricevere applicazione, in quanto l'articolo 941 derogava al diritto comune (n. 165). Non vi ha dubbio riguardo agli aventi causa a titolo universale. Successori del defunto, essi devono rispondere della sue obbligazioni e dell'inadempimento di queste. Se il defunto non poteva invocare la violazione del proprio dovere, essi non lo potranno meglio di lui. Non così degli aventi causa a titolo particolare. Costoro sono terzi nel senso dell'art. 1.° della legge ipotecaria, e quindi possono, come ogni altro terzo, opporre la mancanza di trascrizione. Se dunque si ammette che, sotto il nome di *aventi causa*, l'articolo 941 comprende gli aventi causa a titolo particolare, bisognerebbe dire ch'esso è abrogato dall'art. 1.° della nuova legge perchè si troverrebbe in contraddizione colla regola che questa disposizione consacra (2).

191. Affinchè i terzi possano opporre la mancanza di trascrizione, bisogna, secondo l'art. 1.° della legge ipotecaria, che abbiano contrattato *senza frode*. Che cosa si deve intendere qui per frode? Non è la frode che dà luogo all'azione pauliana, vale a dire la frode concertata fra il terzo e l'autore della prima convenzione per frustrare chi acquistò un diritto in forza dell'atto che ha trascurato di far trascrivere. Era inutile riservare l'azione pauliana, perchè essa spetta di diritto. I lavori preparatorii provano, del resto, che tale non era l'intenzione degli autori della legge belga. Supponiamo che il secondo acquirente, trattando col venditore che aveva già alienato, conoscesse l'esistenza della vendita. Basta, dice il relatore della commissione della camera dei rappresentanti, perchè sia in mala fede e venga respinto coll'eccezione di dolo, mentre il semplice

(1) Martou, *Commentario*, t. I, p. 98, nn. 76 e 77. Cfr. Mourlon, *Della trascrizione*, t. II, p. 59, n. 440.
(2) Cfr. Mourlon, *Della trascrizione*, t. II. p. 62, n. 442. Flandin, *Della trascrizione*, t. II, p. 20, n. 847.

fatto dalla conoscenza della prima vendita non basterebbe per dar luogo all'azione pauliana. Lelièvre invoca, in appoggio di questo principio, ciò che l'art. 1141 dice pel caso di due vendite successive dello stesso oggetto mobiliare. La legge dà la preferenza al compratore di buona fede (1). L'analogia non è così decisiva come si potrebbe credere. Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo detto che l'art. 1141 non è che un'applicazione dell'art. 2279, od una conseguenza della massima che in fatto di mobili il possesso val titolo. Ora, questa massima non è ammessa in materia di vendita immobiliare. Fra due compratori non è il possesso che decide, ma i titoli e quando un titolo è trascritto, prevale su quello che non lo è. La legge ipotecaria deroga dunque al rigore dei principii. Non è però, propriamente parlando, un'eccezione. Secondo i termini stessi della legge, è una condizione richiesta perchè il terzo possa opporre la mancanza di trascrizione, e la condizione si spiega collo scopo che il legislatore ha avuto in vista prescrivendo la pubblicità. Egli ha voluto avvertire i terzi dell'esistenza degli atti la cui ignoranza potrebbe recar loro danno. Ora, se il secondo compratore sa che l'immobile da lui acquistato è già stato venduto con un atto non trascritto, certo non potrà dire che ignorava questo atto e che sarebbe ingannato e leso se si potesse opporglielo. La situazione è affatto diversa. Il secondo compratore contratta con piena cognizione di causa. Egli non può dire che legalmente debba reputarsi ignorare l'atto, perchè non è stato trascritto. Sarebbe invocare la lettera contro lo spirito della legge. Il legislatore ha per iscopo di proteggere la buona fede dei terzi. Ora, nella specie, è un terzo di mala fede che vuol trattare in danno d'un primo acquirente, privandolo del beneficio del suo acquisto. L'interesse dei terzi non è più in causa, e quindi il secondo acquirente non può invocare questo interesse contro il primo. È quanto dire ch'egli non può opporre la mancanza di trascrizione.

Tuttavia le conseguenze che risultano dal principio ammesso dalla legge possono riuscire dannose ai terzi. Il secondo compratore è di mala fede; egli rivende la cosa ad un terzo di buona fede. Potrà costui opporre il suo atto al primo acquirente che non ha trascritto? No, perchè egli non ha maggior diritto del proprio autore. Ora, questi, per la sua mala fede, non era divenuto proprietario, e quindi non può trasferire la proprietà al terzo acquirente. Costui, quantunque sia un terzo di buona fede, è dunque leso dal sistema della legge (2). Una tal conseguenza venne invocata per muover censura alla legge. A dire il vero l'ultimo acquirente non è in perdita, pel principio consacrato dall'art. 1.°; egli subisce le conseguenze del diritto comune,

---

(1) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 115).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 84, nn. 67-69.

secondo il quale chi ha un titolo viziato non può trasmettere che un diritto parimenti viziato (n. 163).

192. Il codice civile stabilisce un principio diverso. In materia di sostituzione vi era una disposizione formale. A termini dell'art. 1071, « la mancanza di trascrizione non potrà essere supplita o scusata colla notizia che in qualunque altro modo all'infuori della trascrizione i creditori o i terzi acquirenti potessero aver avuto della disposizione ». La giurisprudenza applicava questo principio alle donazioni. Vi ha dunque, sotto un tal rapporto, opposizione fra la legge antica e la nuova. Che cosa si deve conchiuderne? Per quanto riguarda le donazioni, la decisione non è dubbia, poichè la legge ipotecaria sostituisce il codice Napoleone in quanto riguarda la trascrizione delle donazioni tra vivi. Si può ammettere la stessa decisione per le sostituzioni fatte con atto tra vivi. Esse cadono sotto l'applicazione dell'art. 1.° della legge ipotecaria, che parla delle donazioni in generale. Ma che dire delle sostituzioni fatte per testamento? Non si può più affermare che la nuova legge sostituisce il codice Napoleone, perchè la legge ipotecaria non assoggetta le disposizioni testamentarie alla pubblicità. Il codice civile resta dunque in vigore, come eccezione alla regola stabilita dalla legge generale delle ipoteche. Così l'art. 1071 si applicherà alle sostituzioni fatte per testamento e non a quelle invece fatte per donazione. È una soluzione legale, ma non meno assurda, poichè conduce ad ammettere due principii contrari per un solo e medesimo fatto, la sostituzione (1). Il legislatore belga, comprendendo le donazioni nel sistema di pubblicità che organizzava, avrebbe dovuto rivedere le disposizioni del codice civile relative alle sostituzioni per metterle in armonia colla nuova legge.

193. Un compratore non trascrive l'atto di vendita. Egli rivendica l'immobile contro un terzo che lo possiede senza titolo. L'usurpatore potrà opporgli la mancanza di trascrizione? No, ad avviso di tutti. Ma qual'è il vero motivo del decidere? Troplong risponde che l'usurpatore non è protetto da veruna legge (2). Ciò non è esatto perchè egli ha i diritti inerenti al possesso. Se non può invocare la mancanza di trascrizione, la ragione si è che, nella specie, la trascrizione è fuori di causa. Essa fu stabilita nell'interesse dei terzi e per motivi d'ordine generale Ora, l'interesse generale non impone certo che l'usurpatore prevalga al proprietario, e quando la questione sorge fra chi possiede un titolo e chi non ne ha, s'intende che chi può far valere diritti deve avere la preferenza su chi non ne ha alcuno.

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 92, nn. 70-72. Cfr., in senso contrario, CASIER, *Studii*, p. 47, n. 31. CLOES, *Commentario*, t. I, p. 56, n. 111.
(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 311, n. 152. Cfr. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 89, n. 913.

Ne consegue che la decisione dovrebbe essere identica se il terzo fosse possessore di mala fede, vale a dire se possedesse in forza d'un titolo di cui conosce i vizii. Il vero proprietario può rivendicare la cosa sua contro il possessore di mala fede, quantunque non abbia trascritto il titolo? Se il convenuto non ha trascritto il suo, la questione è la stessa di quella che abbiamo testè decisa. Non è una questione di trascrizione: si tratta di decidere fra chi ha un diritto e chi non ne ha punto. Se il convenuto ha trascritto il suo titolo vi ha un lieve motivo di dubitare. Fra due parti di cui l'una ha trascritto e l'altra no non è la prima forse che deve prevalere? Sì, se i loro titoli sono della stessa natura. Ma se il titolo dell'uno emana dal vero proprietario, mentre il titolo dell'altro deriva da un autore che non era proprietario, il primo deve avere la prevalenza sul secondo. Invano questi direbbe di aver trascritto; la trascrizione non toglie che il suo titolo sia viziato. La questione, ancora una volta, cade, non sulla trascrizione, ma sulla proprietà (1). Accade così ogni qualvolta sono in causa i titoli.

194. Può darsi che nessuna delle parti abbia trascritto. Se il titolo dell'una è viziato, si applica quanto abbiamo detto testè. È una questione di proprietà. Se identico è il titolo di entrambe le parti, ciascuna avendo acquistato la cosa dallo stesso autore, potrà il convenuto opporre all'attore la mancanza di trascrizione? No, la trascrizione è fuori di causa, poichè il convenuto non può invocare una legge che egli medesimo non ha osservata. Le parti sono governate dai principii del codice civile, la nuova legge essendo inapplicabile. Bisogna dunque decidere che chi possiede il titolo più antico avrà la prevalenza (2).

§ III. — *Degli atti dichiarativi di proprietà.*

195. La divisione deve essere trascritta per avvertire i terzi che la comunione è cessata, e che il diritto indiviso spettante agli eredi su tutti gli oggetti della successione ha fatto posto ad un diritto diviso cadente sugli oggetti posti nel lotto di ciascuno. Quali sono questi terzi? La legge equipara completamente la divisione agli atti traslativi di proprietà. Il principio che un atto soggetto a trascrizione non esiste riguardo ai terzi, se non è stato trascritto, è dunque applicabile agli atti dichiarativi. Ne consegue che per *terzi* bisogna intendere tutti coloro che non hanno partecipato alla divisione. Se un

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 319, nota 104, § 209.

(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 311, n. 151. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 420, n. 1273. Cfr. MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 154, n. 516.

terzo creditore fosse intervenuto nella divisione, non potrebbe opporre la mancanza di trascrizione. Egli non è più un terzo, poichè è divenuto parte nell'atto in forza del suo intervento. Ma tutti coloro che, non avendo figurato nell'atto di divisione, hanno interesse a respingerlo, possono farlo se l'atto non è stato trascritto. Ciò significa che, a loro riguardo, la divisione non esisterà. Per conseguenza, la successione rimarrà ancora indivisa, ed i diritti di tutte le parti saramo regolati dai principii che governano l'indivisione.

196. Quali sono i diritti degli eredi durante l'indivisione? Essi possono disporre dei beni della successione, venderli, ipotecarli. Gli atti che compiono saranno validi se il bene alienato o ipotecato cade nella loro quota. Di qui il diritto che gli acquirenti o i creditori ipotecarii hanno d'intervenire nella divisione per vegliare alla conservazione dei proprii interessi. La trascrizione dà loro una nuova garanzia. Anzitutto i terzi possono contrattare cogli eredi, riguardo ai loro diritti indivisi, finchè la divisione non è trascritta perchè la divisione non trascritta non può essere loro opposta; essa è considerata come inesistente a riguardo degli acquirenti e dei creditori ipotecarii. Se dunque, posteriormente alla divisione non trascritta, uno dei condividenti vendesse o ipotecasse un immobile della successione come indiviso, questi atti sarebbero validi. I condividenti non potrebbero opporre la divisione all'acquirente o al creditore ipotecario, poichè la divisione non trascritta non esiste a riguardo dei terzi.

La publicità della divisione offre un'altra garanzia ai terzi. Tutti coloro che vi hanno interesse possono opporsi a che si proceda alla divisione senza la loro presenza, ed hanno pure diritto d'intervenirvi. Sotto l'impero del codice civile, questo diritto non poteva più essere esercitato quando la divisione era compiuta. Secondo la nuova legge, una divisione non trascritta non può essere opposta ai terzi. La comunione dunque sussiste sempre, e i terzi possono in ogni momento fare opposizione e provocare, per conseguenza, una nuova divisione in cui interverranno. Si vede come la trascrizione per sè sola non basta a tutelare gl'interessi dei terzi. Chi ha acquistato un diritto indiviso o ha stipulato un'ipoteca sopra un immobile comune deve anzitutto far trascrivere o inscrivere il suo titolo, perchè possa opporlo ad un secondo acquirente o ad un secondo creditore ipotecario; indi è tenuto a far opposizione e ad intervenire nella divisione. Questo diritto d'intervento costituisce la sua garanzia essenziale. Se non interviene, e gli eredi procedono alla divisione e trascrivono, egli non ha più alcuna azione. Ma se gli eredi trascurano di trascrivere la divisione, il diritto d'opposizione e d'intervento dei terzi sussiste.

197. Anche i terzi creditori chirografari possono invocare il beneficio della nuova legge. Quanto abbiamo detto del diritto dei creditori, per ciò che riguarda gli atti traslativi (n. 173-181), si applica anche agli atti dichiarativi. Soltanto i creditori chiro-

grafarii non sono tenuti a trascrivere, poichè non hanno alcun diritto soggetto a trascrizione, ma possono fare opposizione e intervenire nella divisione. Sotto questo rapporto, i loro diritti sono gli stessi che quelli dei creditori ipotecarii o dei terzi acquirenti. Essi possono fare opposizione finchè la divisione non sia trascritta. Una divisione non trascritta non può essere loro opposta perchè non esiste a riguardo dei terzi.

§ IV. — *Delle locazioni.*

N. 1. — Delle locazioni eccedenti i nove anni.

198. La legge ipotecaria assoggetta alla trascrizione le locazioni che eccedono i nove anni. 'E nell'interesse dei terzi che la legge prescrive la pubblicità delle locazioni che eccedono il termine ordinario. Quali sono i terzi che possono invocare la mancanza di trascrizione? Bisogna vedere innanzi tutto quale sia la conseguenza della non effettuata trascrizione della locazione. In generale, un atto soggetto a trascrizione e che non sia trascritto non può essere opposto ai terzi, poichè lo si considera come inesistente a loro riguardo. Questo principio non si applica alle locazioni (n. 161). Secondo l'art. 1.° della legge ipotecaria se le locazioni non sono state trascritte, la loro durata sarà ridotta conformemente all'art. 1429 del codice civile. Così la locazione non trascritta non è nulla a riguardo dei terzi, ma soltanto riducibile, nel senso che il conduttore non può opporre la sua locazione ai terzi se non pel periodo novennale in cui si trova. Quando dunque si dice che una locazione eccedente i nove anni deve essere trascritta nell'interesse dei terzi ciò significa che i terzi possono domandare la riduzione della locazione ad un termine di nove anni.

199. Quali sono i terzi che possono opporre la mancanza di trascrizione? Sotto questo rapporto, la legge non fa differenza fra le locazioni e gli atti traslativi di proprietà. L'art. 1.° comincia collo stabilire che gli atti traslativi della proprietà immobiliare devono essere trascritti, e che fino alla trascrizione non possono essere opposti ai terzi i quali abbiano contrattato senza frode. Indi il secondo alinea soggiunge: « *Sarà lo stesso* delle locazioni eccedenti i nove anni ». Dunque queste locazioni non possono venire opposte ai terzi finchè non sono trascritte. Ma il diritto dei terzi per quanto riguarda le locazioni non è così esteso come quello che concerne gli atti traslativi di proprietà. Essi non possono respingere la locazione come possono respingere la vendita, e dire che un atto non trascritto non esiste a loro riguardo. La locazione, quantunque non trascritta, esiste, ma è riducibile.

Quali sono i terzi che possono domandarne la riduzione? I

terzi acquirenti e i creditori ipotecarii. É cosa evidente. Si domanda se un secondo conduttore, cui il locatore avesse consentito una locazione dopo aver locato la cosa ad un primo conduttore che non ha trascritto, possa invocare la mancanza di trascrizione della prima locazione. Giusta quanto abbiamo detto, il secondo conduttore, al pari di ogni altro terzo, non può pretendere che la prima locazione sia dichiarata inesistente a suo riguardo, ma può soltanto chiederne la riduzione a un termine di nove anni. Il primo conduttore può dunque opporre la sua locazione ad un conduttore posteriore pel periodo di nove anni nel quale si trova. La questione che esaminiamo consiste nel sapere se il nuovo conduttore che ha trascritto possa esercitare il suo diritto contro il primo allo spirare del termine di nove anni pel quale la legge mantiene la locazione non trascritta. L'affermativa ne sembra certa: essa è evidente secondo l'opinione che abbiamo insegnata riguardo al diritto dei creditori chirografarii. Se questi sono compresi fra i terzi, quando si tratta d'una vendita o d'una divisione, devono avere i diritti dei terzi anche quando si tratta d'una locazione. Nell'opinione contraria, vi ha un motivo di dubitare. La locazione non conferisce alcun diritto reale al conduttore: costui non è dunque che un creditore personale, e, a questo titolo, non può invocare la mancanza di trascrizione. Si risponde, e la risposta è decisiva, che la legge equipara la locazione ai diritti reali immobiliari, per quanto riguarda la trascrizione. Se il conduttore è assimilato ad un compratore e ad un creditore ipotecario, per ciò che riflette l'obbligo di trascrivere, la conseguenza logica è ch'egli ha pure gli stessi diritti. Se deve trascrivere, deve anche avere il diritto d'invocare la mancanza di trascrizione. Gli autori della legge francese sulla trascrizione hanno compreso che vi era una specie d'inconseguenza nell'assoggettare la locazione alla stessa formalità dei diritti reali. Il relatore dice che è un'invasione nel dominio dei diritti personali. A dire il vero, non vi ha inconseguenza. Perchè la legge ordina la trascrizione di certi atti? Nell'interesse dei terzi. Ora, che importa ai terzi che l'atto che vien loro opposto sia un diritto personale od un diritto reale, se la clandestinità di questo atto riesce loro dannosa? Ora, la locazione recherebbe loro un danno, se, essendo a lungo termine, potesse eccepirsi contro di loro. Per gli identici motivi, un conduttore a lunga scadenza deve avere il diritto d'opporre la sua locazione a qualunque terzo, e quindi anche ad un primo conduttore. È questa l'opinione generalmente seguita (1).

Bisogna aggiungere una restrizione al diritto del nuovo

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 120, n. 91. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 420, n. 1273 AUBRY e RAU, p. 507, nota 78, § 209, e p. 158, nota 13, § 174. Cfr., in senso contrario, CLOES, *Commentario*, t. I, p. 51, n. 101. MOURLON, t. I, p. 123, n. 495.

conduttore. Egli non può opporre la sua locazione al primo se non quando abbia contrattato nell'ignoranza della pecedente locazione. Se la conosceva allorchè ha trattato col proprietario, è in mala fede, e, per conseguenza, si deve applicargli la disposizione dell'art. 1.°, secondo la quale i terzi non possono opporre la prima locazione se non quando hanno agito senza frode. Tale era anche il nostro antico diritto nelle consuetudini che esigevano la trascrizione delle locazioni (1).

200. La locazione non trascritta non può essere opposta ai terzi nel senso ch'essi possono chiederne la riduzione conformemente all'art. 1429. Questo articolo è così concepito: « Le affittanze dei beni della moglie che il marito da sè solo ha pattuito per un tempo eccedente il novennio non sono obbligatorie in caso di scioglimento della comunione, nè rispetto alla moglie, nè dei di lei eredi fuori che per il tempo che rimane a decorrere, sia del primo periodo del novennio, se esso non fosse scaduto, sia del secondo, e così successivamente, di maniera che l'affittuario non abbia se non il diritto di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del periodo del novennio che dura ancora ». L'applicazione di questa disposizione alle locazioni non trascritte presenta qualche difficoltà. Bisogna vedere quale è il terzo che invoca la mancanza di trascrizione.

Se è l'acquirente dell'immobile dato a locazione per più di nove anni, si può applicare alla lettera l'art. 1429. Il diritto dell'acquirente si apre al momento in cui è divenuto proprietario a riguardo del conduttore, vale a dire all'atto della trascrizione del suo titolo. A partire da quel momento il conduttore ha soltanto il diritto di terminare il godimento del periodo novennale in cui si trova. Resta da determinarsi il principio della locazione. La locazione non essendo stata trascritta, si rimane sotto l'impero dei principii del codice civile. Perchè la locazione possa essere opposta all'acquirente deve avere data certa. È dunque l'atto di locazione che determinerà il periodo novennale in cui le parti si trovano, e la locazione cesserà di pien diritto al finire di questo termine. Se, al momento della vendita, il periodo di nove anni fosse sul punto di spirare, l'acquirente dovrebbe lasciare al conduttore il termine d'uso che il locatore deve osservare, per dare la disdetta, secondo l'art. 1736? Così si insegna (2), ma a noi sembra molto dubbia. Il compratore non si trova nella condizione del locatore: a suo riguardo la locazione non esiste oltre il termine di nove anni, e quindi egli non può avere alcun obbligo a riguardo del conduttore. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Locazione*, sul diritto dell'acquirente quando la locazione non ha data certa. A maggior

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 121, n. 92. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 420, n. 1274.

(2) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 124, n. 96.

ragione l'acquirente non deve alcuna indennità al conduttore (art. 1750) (1).

Se chi invoca la mancanza di trascrizione è un creditore ipotecario, l'applicazione dell'art. 1429 dà luogo ad un dubbio. Si può sostenere che la locazione non trascritta non spiega alcun effetto a riguardo del creditore ipotecario. Infatti il conduttore non ha che un diritto di credito che può opporre soltanto al locatore. L'art. 1743 fa eccezione a questo principio in caso di vendita, sotto condizione che la locazione abbia data certa. Questa eccezione non può essere estesa a danno d'altri terzi, e quindi il creditore ipotecario non è tenuto a rispettare la locazione, secondo il codice civile. Secondo il codice di procedura, bisogna distinguere. In caso d'espropriazione, i creditori sequestranti possono chiedere la nullità della locazione se non ha data certa, e quindi, se ha data certa, dev. no rispettarla (codice di proc., art. 691). La legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione forzata ha modificato il codice francese, nel senso che dichiara nulle le locazioni consentite dal debitore dopo la trascrizione del precetto o dell'atto di sequestro, ed anche le locazioni consentite dopo il precetto non trascritto sono nulle se eccedono i nove anni o contengono quietanze di tre anni almeno di locazione (art. 25).

Le locazioni anteriori al precetto, se hanno data certa, devono dunque essere rispettate dal creditore sequestrante, ben inteso nei limiti della legge ipotecaria. In sostanza, i creditori ipotecari sono equiparati ai terzi acquirenti. La locazione è valida a loro riguardo, ma riducibile. Nasce allora la questione di sapere qual momento bisogna considerare per determinare il limite del periodo novennale per cui la locazione è mantenuta. Sarà la data dell'iscrizione dell'ipoteca? O quella dell'azione per l'espropriazione? Ovvero quella della sentenza d'aggiudicazione? La questione è controversa. A noi pare che si debba applicare, per analogia, il principio che governa i terzi acquirenti. Vi ha luogo a limitare il diritto del conduttore quando si trova in conflitto con quello del creditore ipotecario. Ora, il conflitto non esiste dal momento in cui nasce l'ipoteca perchè l'azione ipotecaria non sarà forse mai esercitata. Vi ha conflitto quando il creditore agisce per l'espropriazione contro il detentore, e quindi contro il conduttore. Da quel momento il diritto del conduttore è ridotto al termine di nove anni nel quale si trova. La sentenza d'aggiudicazione, come ogni altra sentenza, retroagisce, dovendo il creditore approfittare della sua azione dal momento che è introdotta (2).

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 125, nn. 97 e 98. In senso contrario, CLOES, *Commentario*, t. I, p. 34, n. 57.

(2) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 418, n. 1270. Cfr., in senso contrario, TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 376, n. 205, e MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 127, n. 499.

Rimane il secondo conduttore il quale può opporre la sua locazione trascritta ad un conduttore che non ha eseguito la trascrizione. Il diritto del conduttore, al pari di quello dell'acquirente, nasce nel momento in cui il contratto è perfetto. Soltanto non può esercitarlo contro un terzo che dopo aver trascritto. E' il caso, nella specie, d'applicare il principio? Sì, poichè il conduttore invoca la trascrizione contro il conduttore che ha trascurato di trascrivere. Il primo conduttore non potrà dunque continuare la sua locazione che pel periodo di nove anni cominciato all'atto della trascrizione della seconda locazione.

201. Il conduttore che ha trascritto la sua locazione può opporla ai terzi che hanno un diritto sulla cosa locata, se questo diritto non era stato reso pubblico al momento della trascrizione della locazione. E' questa l'applicazione al conduttore del principio che regge tutti gli atti soggetti alla trascrizione. Ne consegue che, se l'acquirente dell'immobile locato non trascrive, il conduttore può opporgli la locazione, qualunque ne sia la durata e quantunque la vendita sia anteriore alla locazione. Poco importerebbe ancora che l'atto di vendita fosse trascritto in epoca posteriore. Trascrivendo il suo atto di locazione in un momento in cui la vendita non era resa pubblica, il conduttore ha acquistato il diritto di opporre la sua locazione al terzo acquirente. Invano si obbietta che il conduttore ha un semplice diritto di credito, mentre l'acquirente ha il più forte dei diritti reali, la proprietà. L'obbiezione era decisiva sotto l'impero del codice civile, ma non può più esser fatta al conduttore sotto la nuova legge, perchè questa assimila il suo diritto ad un diritto reale riguardo alla trascrizione ed ai suoi effetti (1).

N. 2. — Delle locazioni contenenti quietanza anticipata di tre anni di fitti.

202. La legge ipotecaria assoggetta alla pubblicità anche le locazioni che contengono quietanza di almeno tre anni di fitto. E' sempre nell'interesse dei terzi che la legge prescrive la pubblicità di queste locazioni. Quale sarà la conseguenza dell'inosservanza della legge? La locazione contenente una quietanza di tre anni di pigione non potrà essere opposta ai terzi. In qual senso? E' la locazione stessa che non potrà essere loro opposta ovvero il pagamento anticipato? A primo aspetto, il testo sembra decidere la questione. Il primo alinea pone il principio che gli atti traslativi di diritti reali immobiliari i quali non siano stati trascritti non possono essere opposti ai terzi, poichè non

---

(1) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 412, nn. 1261-1263. In senso contrario, MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 122, n. 494.

esistono a loro riguardo. Accadrà lo stesso, dice il secondo comma, delle locazioni eccedenti i nove anni o contenenti quietanze di almeno tre anni di fitto. Ciò vuol dire che tali locazioni non possono essere opposte ai terzi. Il terzo alinea viene a modificare questa disposizione per quanto riguarda le locazioni ultranovennali. Invece di dichiararle inesistenti a riguardo dei terzi, la legge le dichiara solamente riducibili. Ma codesta modificazione non riguarda le locazioni che contengono quietanze di tre anni di pigione, le quali rimangono quindi nella regola generale stabilita nel primo alinea; esse non possono essere opposte ai terzi. A loro riguardo più ancora che nulle, sono inesistenti. Fu proposta questa interpretazione (1). Noi crediamo, con Martou, che il linguaggio della legge non rende il pensiero del legislatore. La legge fa una differenza radicale fra le locazioni e gli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari. Questi ultimi devono *tutti* essere trascritti, altrimenti non possono essere opposti ai terzi. Non così delle locazioni. Esse non sono soggette a trascrizione che, o per la loro durata o per un pagamento anticipato della pigione, quando questa durata o questo pagamento eccedono i limiti usuali. Se la durata della locazione è l'ordinaria, se i pagamenti anticipati non eccedono quelli che è uso di esigere, la legge non prescrive più la pubblicità. Donde una conseguenza importante riguardo all'effetto che produce l'inosservanza della legge. Se si tratta d'una vendita, l'atto non trascritto non potrà essere opposto ai terzi. Se si tratta d'una locazione, l'atto non può essere opposto ai terzi se non in quanto reca loro danno. Se è una locazione a lungo termine, la durata inusitata del contratto lederebbe i terzi. Che fa la legge? Mantiene la locazione e si contenta di ridurne la scadenza. Se la locazione contiene quietanza di tre anni di pigione, che cosa è che riesce dannoso ai terzi? La locazione? No, ma il pagamento anticipato. Dunque la locazione deve essere mantenutà, e soltanto il pagamento anticipato essere dichiarato inesistente. In questo senso la legge venne spiegata da Lelièvre, nella sua relazione sugli emendamenti che il senato ha fatti al progetto votato dalla camera dei rappresentanti. Il relatore suppone una locazione inferiore a nove anni, contenente quietanza di tre anni di pigione. Se questa locazione non è trascritta, che ne risulterà? E' chiaro, risponde Lelièvre, che la conseguenza della mancanza di trascrizione sarà che il *conduttore non potrà opporre ai terzi i pagamenti fatti anticipatamente* (2). Se, invece d'una locazione di nove anni, ne supponiamo una di diciotto, la conseguenza sarà assolutamente la stessa, perchè una locazione di diciotto anni

(1) Casier, *Studii*, p. 35, n. 18. Cloes, *Commentario*, t. I, p. 34, n. 55.
(2) Lelièvre, *Relazione sugli emendamenti del Senato* (Parent, p. 520).

non trascritta è ridotta a un termine di nove anni, e, inoltre, il pagamento anticipato non potrà essere opposto ai terzi. Così, in ogni ipotesi la locazione è mantenuta quantunque non trascritta. Se è novennale, non deve essere trascritta per la sua durata, ma solo pel pagamento anticipato. Quando il pagamento anticipato non può essere opposto ai terzi, questi non hanno più interesse, legalmente parlando, alla pubblicità della locazione. Sarebbe dunque contrario ad ogni principio annullare la locazione nell'interesse dei terzi quando questi non vi sono interessati (1).

203. Abbiamo supposto che il pagamento anticipato non reso pubblico non può essere opposto ai terzi; di modo che il conduttore deve pagare ai terzi la pigione alla quale costoro hanno diritto salvo il suo regresso contro il locatore. Fu proposta un'altra interpretazione. Il pagamento anticipato, si dice, non è una causa assoluta d'inesistenza della locazione non trascritta; la legge non ne tien conto che quando comprende almeno tre anni di locazione. Se la locazione contiene una quietanza di due anni di pigione, non deve essere per questo trascritta. Dunque, se il pagamento anticipato è di sei anni, o di tutta la locazione, quale dovrà essere la conseguenza della non eseguita trascrizione? Che la locazione non potrà essere opposta ai terzi in quanto eccede il pagamento anticipato che non deve essere reso pubblico, ossia il pagamento che non raggiunge tre anni di locazione. Si invoca, in favore di questa interpretazione, l'analogia che esiste fra il pagamento anticipato e la durata della locazione. La locazione che eccede i nove anni va ridotta, dunque si deve ridurre anche il pagamento anticipato che eccede quello autorizzato dalla legge (2).

In teoria, e dal punto di vista legislativo, ciò si può sostenere. Il legislatore avrebbe dovuto ridurre la clausola della locazione che riguarda il pagamento anticipato come riduce la clausola che concerne la durata della locazione. Vi ha lo stesso motivo di decidere. Ma il legislatore non l'ha fatto. Quando la locazione eccede i nove anni, la legge la dichiara riducibile. Quando la locazione contiene una quietanza di almeno tre anni di pigione, la legge non dice che si ridurrà il pagamento anticipato. Dunque si resta sotto l'impero del principio generale che regge gli atti non trascritti. La clausola che doveva essere trascritta, e che non lo fu, è considerata come inesistente a riguardo dei terzi. Se dunque una locazione contiene quietanza di sei anni di pigione, questa quietanza non ha alcun valore. Il conduttore non può giovarsene, quand'anche all'atto della vendita della cosa locata, o allorchè i creditori ipotecarii procedono, fossero trascorsi cinque anni dalla locazione. Invano si direbbe che, in

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 126, n. 101.
(2) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 424, n. 1280.

questo caso, il conduttore non invoca il pagamento anticipato se non per un anno, e che per principio il pagamento anticipato d'un anno può essere opposto ai terzi, quantunque non sia reso pubblico. Rispondiamo che la legge non ha consacrato questa teorica, poichè non ha nemmeno previsto la difficoltà. Si resta dunque sotto l'impero del principio stabilito dall'art. 1.° della legge ipotecaria. Tutto ciò che lo spirito della legge permette all'interprete di fare è di concentrare la nullità sulla clausola che riguarda il pagamento anticipato, mantenendo il contratto quanto alla sua durata (1).

204. Ogni terzo interessato può invocare la mancanza di trascrizione. Non vi ha dubbio quando si tratta d'un acquirente o d'un creditore ipotecario. Secondo la dottrina consacrata dalla Corte di cassazione del Belgio, anche i creditori chirografarii sono terzi. Quando dunque essi sequestrano l'immobile locato, si applica loro il diritto comune. Le pigioni e gli affitti sono immobilizzati a partire dalla trascrizione del sequestro. I creditori ipotecarii vengono pagati con preferenza, ma se non vi sono creditori ipotecarii, anche i creditori chirografarii hanno diritto alle pigioni ed agli affitti, e il conduttore non potrebbe opporre loro la clausola della locazione che contiene il pagamento anticipato perchè questo pagamento non può essere opposto ai terzi, quando la locazione non è stata trascritta, e, secondo la nostra opinione, i creditori chirografarii sono terzi.

CAPO III.

Dell'inscrizione.

§ I. — *Delle domande di nullità e di risoluzione.*

N. 1. — Motivo della pubblicità.

205. L'art. 3 della legge ipotecaria assoggetta alla pubblicità mediante l'inscrizione, le domande di nullità o di revocazione di diritti reali immobiliari e le decisioni pronunciate su queste domande. Quale è il motivo di tale pubblicità? La relazione della commissione del senato spiega benissimo le ragioni per le quali il legislatore ha voluto che simili domande o decisioni fossero rese pubbliche (2). « Furono trasmessi dei diritti reali. Ne venne fatta la trascrizione. Il proprietario del

---

(1) Cfr. Troplong, *Della trascrizione*, p. 378, n. 209.
(2) D'Anethan, *Relazione* (Parent, pp. 399, 400).

diritto è pubblicamente conosciuto, ma tale qualità può essergli tolta. Si provoca contro di lui l'annullamento o la revocazione di questi diritti. E' importante avvertire i terzi dell'introduzione d'una simile domanda e dei rischi ch'essi corrono trattando col proprietario minacciato. I terzi hanno interesse a conoscere non solo l'esistenza della domanda, ma anche il risultato che essa ottenne. La vostra commissione crede utile, per raggiungere questo scopo, di ordinare l'inscrizione della sentenza dopo l'inscrizione della domanda ».

206. Volendo il legislatore organizzare un sistema completo di pubblicità nell'interesse dei terzi, si comprende che abbia dovuto rendere pubbliche le sentenze che cambiano la situazione immobiliare del propietario col quale i terzi contrattano. Ma l'organizzazione del principio e gli effetti che risultano dalla mancanza di pubblicità non sono scevre da difficoltà. Bisogna prima di tutto richiamare i principii che reggono l'annullamento e la revocazione dei diritti reali immobiliari.

La legge riguarda anzitutto le domande che tendono a far pronunciare l'*annullamento* dei diritti reali immobiliari. Abbiamo detto, al titolo delle *Obbligazioni*, qual sia l'effetto dell'azione di nullità quando è ammessa. La convenzione annullata si ritiene come non mai esistita, e, per conseguenza, non può produrre alcun effetto. Ne consegue che la sentenza la quale pronuncia la nullità d'un atto traslativo di diritti reali immobiliari annulla non solo il diritto di proprietà intestato al proprietario apparente, ma eziandio tutti gli atti di disposizione che vennero fatti in forza del titolo annullato. Così l'annullamento opera retroattivamente e contro i terzi. Questo effetto ha fornito un'obbiezione contro il principio di pubblicità, in quanto la legge si applica alle domande di nullità ed alle decisioni pronunciate su queste domande. È dell'essenza della nullità, si dice, che tutti gli atti di disposizioni fatti da colui il cui diritto di proprietà fu annullato vengano a cadere per effetto della sentenza che pronuncia l'annullamento di questo diritto. È quindi inutile rendere pubblica questa sentenza nell'interesse di coloro ai quali sono state consentite alienazioni ed ipoteche. Queste concessioni cadono necessariamente coll'annullamento del diritto in forza del quale sono state fatte. Pertanto è inutile pubblicare la domanda e le sentenze che intervengono sulla medesima. La pubblicità non può salvare diritti condannati a perire. Rispondiamo col senato, che la pubblicità della domanda di nullità previene i terzi del pericolo che li minaccia se trattano con un proprietario sulla fede di titoli di cui si chiede giudizialmente l'annullamento, o che vengono annullati per sentenza del giudice.

Il senato estese la pubblicità ad ogni azione di nullità. Quando il progetto emendato fu rimandato alla camera dei rappresentanti, il relatore, Lelièvre, fece valere un'altra ragione in favore della pubblicità. Fra i terzi i cui diritti minacciano d'es-

sere annullati in conseguenza della domanda di nullità si trovano i creditori ipotecarii. Essi sono essenzialmente interessati a conoscere l'esistenza della domanda affine d'intervenire nella causa per tutelare i loro diritti. Infatti la giurisprudenza ammette ch'essi sono rappresentati dal debitore; donde la conseguenza che le decisioni hanno forza di cosa giudicata contro di loro. La nuova legge permette ai creditori di difendere i loro interessi intervenendo nella lite, mentre, secondo il sistema di clandestinità del codice civile, i diritti dei creditori perivano senza che avessero nemmeno conoscenza delle domande proposte contro il debitore, nelle quali azioni essi sono interessati al pari di questo (1).

207. La legge prescrive anche la pubblicità delle domande di revocazione d'atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari. Nel linguaggio del codice Napoleone la parola *revocazione* è usata per le azioni che tendono a far risolvere le *donazioni*. Quando si tratta d'atti a titolo oneroso, il codice si serve della parola *risoluzione*. Va da sè che la legge ipotecaria è applicabile tanto agli atti a titolo oneroso quanto agli atti a titolo gratuito. Tuttavia, per ben comprendere i motivi della legge, importa distinguere la risoluzione dalla revocazione.

La risoluzione ha luogo in forza d'una condizione risolutiva stipulata dalle parti o sottintesa dalla legge. Sia la condizione risolutiva convenzionale o legale, espressa o tacita, essa produce sempre lo stesso effetto, quello di sciogliere il contratto come se non fosse mai esistito. L'art. 1183 lo dice della condizione risolutiva espressa, e lo stesso principio si applica alla condizione risolutiva tacita. La retroattività è dell'essenza della risoluzione. Ma non tutte le condizioni risolutive operano nello stesso modo. Quando la condizione risolutiva è espressa, il contratto è risolto di pien diritto, mentre quando la condizione risolutiva è tacita la risoluzione avviene mercè la sentenza del giudice (art. 1183 e 1184). Questa differenza solleva una difficoltà sulla quale ritorneremo: Occorre la pubblicità dell'art. 3 quando il contratto è sciolto di pien diritto? Pel momento noi ricerchiamo soltanto i motivi della pubblicità che la legge prescrive. Si è detto ch'essa era inutile nei casi in cui la condizione risolutiva è scritta nel contratto, poichè, essendo il contratto soggetto alla trascrizione, come suppone l'art. 3, i terzi apprenderanno dai registri del conservatore che il proprietario col quale contrattano non ha che un diritto risolubile. Senza dubbio, ma ciò non toglie che i terzi abbiano interesse a sapere se la risoluzione è chiesta o pronunciata, perchè altra cosa è la possibilità d'una risoluzione che forse non si farà, altra la risoluzione chiesta e pronunciata dal giudice. Anche per le azioni di risolu-

(1) LELIÈVRE, *Relazione sugli emendamenti del Senato* (PARENT, p. 521).

zione fu sollevata la stessa obbiezione che si mosse per le azioni di nullità. La pubblicità è inutile, si dice, poichè la risoluzione, pubblica o non pubblica, annulla sempre i diritti concessi a terzi da colui la cui proprietà viene risolta. Abbiamo già risposto all'obbiezione (n. 206). Quello che dicono le relazioni delle commissioni del senato e della camera dei rappresentanti si applica tanto alla risoluzione quanto alla rivocazione.

208. La legge chiama *revocazione* certe eccezioni all'irrevocabilità delle donazioni. Abbiamo osservato, al titolo sede della materia, che questa teoria è falsa. A dire il vero, la *revocazione* delle donazioni è una *risoluzione* avviene per cause determinate dalla legge. Vi ha grande differenza fra le diverse cause di rivocazione. La revocazione per sopravvenienza di figli ha luogo di pien diritto. Essa è tuttavia soggetta alla pubblicità prescritta dalla nostra legge ipotecaria? Ritorneremo sulla difficoltà. Vi ha un'altra differenza molto importante per quanto riguarda la pubblicità. La rivocazione per sopravvenienza di figli e la rivocazione per inadempimento degli oneri retroagiscono, e quindi si devono applicar loro i principii che reggono la risoluzione (n. 207). Non così della revocazione per causa d'ingratitudine. Essa opera *ex nunc*, come si dice nel linguaggio scolastico, vale a dire che il donatario resta proprietario fino al momento in cui la domanda di rivocazione è resa pubblica, donde segue che tutti gli atti di disposizione da lui posti in essere sono validi. La rivocazione non produce effetto che a partire dall'inscrizione che deve esser fatta della domanda di revocazione in margine alla trascrizione. Tutte le alienazioni fatte anteriormente sono mantenute, come pure le ipoteche ed altri pesi reali ch'egli avesse imposti sulla cosa donata. Così il donatario resta proprietario a riguardo dei terzi fino all'inscrizione della domanda di revocazione. La sentenza del giudice che pronuncia la revocazione opera un cambiamento di proprietà. Il donatario è stato proprietario e il donante ha cessato di esserlo, ma lo ridiviene colla revoca della donazione. Poichè vi ha cambiamento di proprietà immobiliare, deve essere reso pubblico. Qui l'interesse dei terzi è evidente; essi devono conoscere la revocazione e il giorno al quale essa retroagisce, perchè, a datare da quel giorno, il donatario cessa d'essere proprietario, e, a partire da quello stesso giorno, il donante lo ridiviene. Si potrebbe anzi dire che vi ha luogo a trascrizione poichè la sentenza opera un cambiamento di proprietà. Tuttavia la legge non ordina di trascrivere la sentenza che pronuncia la revocazione; essa si limita ad esigerne l'inscrizione. La menzione basta per garantire gl'interessi dei terzi.

209. Il codice civile non prescrive la pubblicità che per le donazioni. La legge ipotecaria, avendo esteso il principio della pubblicità a tutti gli atti traslativi di proprietà a titolo oneroso, ha dovuto anche generalizzare la disposizione dell'art. 958. È quello che ha fatto l'articolo 4 della legge ipotecaria. Si ob-

biettò, durante la discussione, che la disposizione era inutile, poichè non faceva che riprodurre l'art. 958 del codice Napoleone. Il ministro della giustizia rispose esservi altri casi in cui la revocazione non retroagisce. Li abbiamo enumerati trattando della *proprietà revocabile* (vol. XVI, nn. 104-113). Non vi ha alcun dubbio per quanto riguarda la rivocazione dell'usufrutto. I giudici possono pronunciare l'estinzione dell'usufrutto per abuso di godimento (art. 618). È questa una revocazione dell'usufrutto. Siccome viene chiesta e pronunciata giudizialmente, l'art 3 della legge ipotecaria è applicabile. La sentenza deve essere resa pubblica mediante l'inscrizione, e gli atti che l'usufruttuario ha fatto prima di questa inscrizione sono mantenuti.

Vi ha ancora un altro caso nel quale la proprietà è revocata. Gli immessi nel possesso definitivo dei beni d'un assente sono proprietari a riguardo dei terzi. Se l'assente ritorna, la loro proprietà è revocata di pien diritto. Sarà necessario che la revocazione dei diritti degli immessi, se l'assente la chiede giudizialmente, sia resa pubblica? No, perchè essa non cade sotto l'applicazione dell'art. 3. La legge ipotecaria non assoggetta alla pubblicità che la revocazione di diritti reali immobiliari risultanti da atti che devono essere trascritti. Ora, la sentenza che pronuncia l'immissione in possesso dei beni d'un assente non deve essere trascritta, il che è decisivo (1).

N. 2. — Delle domande e delle sentenze che devono essere rese pubbliche.

210. La legge vuole che si rendano pubbliche le *domande* tendenti a far pronunciare l'*annullamento* o la *revocazione* di diritti risultanti da atti *soggetti alla trascrizione*. Perchè vi sia luogo alla pubblicità che la legge ordina, bisogna dunque innanzi tutto che vi sia una *domanda* giudiziale. Quando non vi ha domanda manca la base della pubblicità. Non si può inscrivere una domanda che non esiste. La revocazione d'una donazione per sopravvenienza di figli ha luogo di pien diritto, in forza della legge, anche quando il donante lasciasse il donatario in possesso, senza dunque alcuna domanda, ed anche quando il donante non voglia approfittare della revocazione. In questo caso vi ha luogo ad applicare l'art. 3? L'applicazione è impossibile. Come inscrivere una domanda che il donante non fa e che non può fare? I terzi sono certamente interessati a conoscere la revocazione, ma è impossibile dare pubblicità alla revocazione in via legale, poichè non esiste un atto che possa essere inscritto (2).

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 178, n. 165).

(2) RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione*, p. 175, n. 250. In senso con

211. Non si deve dire altrettanto della risoluzione che ha luogo di pien diritto, senza intervento del giudice? Il contratto è risolto, in questo caso, per la volontà che le parti hanno manifestata contrattando (art. 1183 e 1184). Di regola non vi ha domanda perchè non vi è nulla da domandare, e mancando la è domanda non vi è nulla da inscrivere. Tuttavia può darsi che le parti siano discordi, vuoi sulla condizione, vuoi sul suo adempimento. Questa contestazione deve essere portata avanti i tribunali. In tal caso la domanda deve essere inscritta? A nostro avviso, no, perchè essa non cade sotto l'applicazione della legge. Essa non tende a far pronunciare la risoluzione, ma a far dichiarare che la convenzione è stata fatta sotto condizione risolutiva, e che questa condizione fu adempita. Una volta accertato un tal fatto, la convenzione sarà risolta di pien diritto. Non vi ha dunque nè domanda di risoluzione nè decisione sopra una simile domanda, e quindi non siamo nei termini della legge. Si obbietta che la sentenza che interverrà non interessa meno i terzi, poichè essa apprenderà loro che il contratto è risolto. L'obbiezione prova troppo, perchè, se venisse ammessa, bisognerebbe dire che ogni sentenza riguardante la proprietà immobiliare deve essere inscritta, e, per conseguenza, dovrebbe essere inscritta qualunque domanda. Infatti, quale è l'oggetto della domanda e della sentenza quando la condizione risolutiva è scritta nel contratto? La domanda tende a far dichiarare dal giudice quello che le parti hanno voluto. Se si deve inscrivere questa domanda e le sentenze perchè interessano i terzi, bisognerà dire altrettanto di ogni sentenza dichiarativa della volontà delle parti. Ora sta il principio che le sentenze dichiarative non sono soggette alla pubblicità, per la ragione semplicissima che non v'ha una legge che l'ordini. La trascrizione delle sentenze non è prescritta che per quelle che tengono luogo di titolo (art. 2), e l'inscrizione per quelle che intervengono sopra una domanda di risoluzione o di nullità. Ciò decide la questione, poichè non vi ha luogo a pubblicità che in forza d'un testo (1).

212. Una analoga difficoltà si presenta per la domanda di nullità. Abbiamo detto, al titolo delle *Obbligazioni*, come l'azione di nullità implichi che l'atto sia nullo, nel senso che può esserne chiesta la nullità per un vizio da cui trovasi affetto. Non si può domandare la nullità d'un atto che non ha esistenza agli occhi della legge. La dottrina lo chiama atto inesistente. L'articolo 1117 dice, in termini energici, che questo atto è nullo di

---

trario, MOURLON, *Esame critico del Commentario di Troplong sui privilegi*, t. II, p. 1059, n. 363.

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 305, nota 73, § 209. RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni sulla trascrizione*, p. 175, n. 260. In senso contrario, MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 173, n. 528; TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 383, n. 214.

pien diritto. Se è nullo di pien diritto, non si potrebbe domandarne la nullità, e il tribunale non potrebbe pronunciarla, poichè vi ha contraddizione logica nell'annullare ciò che è nullo di pien diritto. Fu obbiettato, contro la teoria degli atti inesistenti, che nessuno può essere giudice di sè stesso. Senza dubbio, data una contestazione, bisogna che intervenga una sentenza. Ma che cosa domanderà la parte interessata al giudice? Un annullamento? No, perchè è logicamente impossibile annullare ciò che non esiste. Annullare il nulla è assurdo. Tutto ciò che si può domandare al giudice, e tutto ciò che il giudice può decidere è che la convenzione litigiosa, non riunendo le condizioni volute per la sua esistenza, non ha mai potuto avere alcun effetto.

Questa domanda e questa decisione devono essere rese pubbliche? In teoria, dal punto di vista legislativo, l'affermativa è certa. Supponiamo che la convenzione inesistente sia trascritta. Vi ha dunque una trasmissione apparente di proprietà. I terzi sono interessati a sapere che una sentenza ha deciso che non vi era convenzione, e non vi era quindi trasmissione d'un diritto reale. Che importa ai terzi che una convenzione sia dichiarata inesistente o che venga annullata? Essi non possono trattare con un proprietario il cui diritto è inesistente più che nol possono con un proprietario il cui diritto è nullo. Nell'uno e nell'altro caso la pubblicità è necessaria per avvertirli, facendo loro conoscere la vera situazione immobiliare di colui col quale si propongono di trattare. Resta a sapere se questa teoria sia quella della legge. Stando al significato esatto dei termini di cui si serve l'art. 3, bisognerebbe dire che la legge è inapplicabile. Essa suppone un'azione di nullità, ed i contratti inesistenti non danno luogo ad una simile azione. Ma il testo, in questa materia, ha poca importanza. Infatti, il codice non consacra in termini formali la teoria degli atti inesistenti; esso ignora la terminologia ammessa dalla dottrina. Così l'art. 1599 chiama nulla la vendita della cosa altrui, che è semplicemente annullabile, e l'art. 1601 dice pur *nulla* la vendita che manca d'oggetto e che per conseguenza non esiste. Dunque nel linguaggio del codice, la parola *nullo* designa le convenzioni che danno luogo ad un'azione di nullità e quelle che non danno luogo ad una simile azione. Bisogna dire altrettanto dell'espressione *azione di nullità*. È questa l'azione che nasce dai contratti nulli, e quindi anche dai contratti inesistenti. Ne consegue che, nell'art. 3, per domande d'annullamento bisogna intendere non solo le azioni di nullità propriamente dette, ma anche le azioni tendenti a far decidere che una convenzione è inesistente. Si deve tanto più decidere così in quanto la distinzione fra atti nulli ad inesistenti è estranea al principio di pubblicità; per meglio dire, ogni sentenza che dichiara un atto nullo o inesistente deve essere resa pubblica, poichè l'interesse dei terzi lo esige. Si applicherebbe dunque a controsenso la

distinzione fra atti nulli e inesistenti facendone l'applicazione all'art. 3 della legge ipotecaria (1).

213. Vi sono azioni che il codice civile non designa come di nullità o di revocazione, il che dà luogo a qualche dubbio sul punto di sapere se l'art. 3 sia ad esse applicabile. Tale è l'azione di riduzione delle donazioni che eccedono la disponibile. La riduzione può essere parziale, ma può anche far cadere tutta intiera la donazione. Essa produce dunque a riguardo dei terzi lo stesso effetto della nullità, annullando i diritti del donatario con effetto retroattivo. Ne consegue che i terzi sono essenzialmente interessati a che le domande di riduzione e le decisioni pronunciate su queste domande siano rese pubbliche. Rimane a sapere se tali azioni cadano sotto l'applicazione dell'art. 3. Vi ha controversia sul fondamento della riduzione. Secondo l'opinione generale, si ammette che le donazioni eccedenti la disponibile sono affette da una *condizione risolutiva tacita*. Così considerata, la riduzione è un'azione di risoluzione, il che rende applicabile l'art. 3. Noi abbiamo insegnato che le donazioni eccedenti la disponibile sono *nulle*, avendo il donante fatto una liberalità che non aveva il diritto di fare. La domanda di riduzione è dunque un'azione di nullità, e per conseguenza deve essere resa pubblica. Così vi ha luogo all'inscrizione, qualunque sia l'interpretazione che si dà alla riduzione ed all'effetto retroattivo ch'essa produce (vol. XII, n. 202).

Tale è pure l'avviso della maggior parte degli autori francesi che hanno commentato la legge del 1855 sulla trascrizione (2). Vi sono però dei dissensi. L'inscrizione, si dice, al pari della trascrizione, non deve essere fatta che quando la legge l'ordina. Ora, la legge non parla della domanda di riduzione. Questo silenzio è decisivo (3). Non si spinge così troppo oltre l'attaccamento alla lettera della legge? Essa comprende ogni azione di nullità e di revocazione o di risoluzione. Ora, la riduzione è un annullamento od una risoluzione, e quindi va compresa nel testo.

214. L'azione pauliana è soggetta alla pubblicità dell'art. 3? Anche questa quistione è controversa. La decisione dipende dal punto di sapere quale sia l'oggetto dell'azione pauliana. Essa è sempre stata considerata come un'azione di nullità. Fedeli al testo ed alla tradizione, noi abbiamo mantenuto questa dottrina contro gli autori moderni, secondo i quali l'azione pauliana non sarebbe che un'azione personale per riparazione del danno recato al creditore che la intenta (vol. XVI, n. 483). Secondo la

---

(1) MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 170, n. 527. TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 386, n. 215. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 461, nn. 624 e 625.

(2) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 387, n. 216. MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 184, n. 534. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 468, n. 628.

(3) RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni*, p. 181, nn. 267 e 268.

nostra opinione, l'applicazione dell'art. 3 non è dubbia. L'azione pauliana è compresa sotto il nome di domanda d'annullamento. Tale è pure l'avviso degli autori francesi che hanno commentato la legge del 1855 sulla trascrizione. Noi non esamineremo se coloro i quali insegnano che l'azione pauliana non è un'azione di nullità sono conseguenti applicando a questa azione una disposizione che non riguarda che le azioni di nullità e di risoluzione. Poco ci importano queste contraddizioni, poichè vengono in appoggio della nostra dottrina. Stando alla tradizione ed al testo del codice civile, ogni dubbio scompare (1).

215. L'azione di rivendicazione non è un'azione di nullità. Chi rivendica agisce in forza del suo diritto di proprietà. Egli non domanda l'annullamento nè la rivocazione del diritto in forza del quale il detentore possiede. Questo diritto, procedendo da una convenzione alla quale il proprietario è rimasto estraneo, non può essergli opposto. Non siamo dunque nel testo della legge, il che è decisivo. L'interesse dei terzi a conoscere la domanda di rivocazione e l'esito dell'azione non potrebbe essere invocato poichè non basta che i terzi abbiano interesse a conoscere un atto perchè esso debba essere reso pubblico. La regola generale è che le sentenze non sono soggette alla pubblicità, perchè non fanno che dichiarare i diritti delle parti. L'art. 3 consacra un'eccezione, e le eccezioni non si estendono (2).

A maggior ragione l'art. 3 è inapplicabile quando la domanda di rivendicazione sia proposta contro un possessore senza titolo. Non procedendo il convenuto in forza d'un titolo soggetto alla trascrizione, l'art. 3 è inapplicabile (3). Non è più una questione di pubblicità, è una questione di proprietà che s'agita fra il proprietario ed il detentore della cosa che appartiene al rivendicante. Non si può invocare l'interesse dei terzi, poichè i terzi, nel sistema di pubblicità, non sono interessati a conoscere se non i titoli e le sentenze che annullano i titoli. Ove non vi hanno titoli la pubblicità è fuori di causa.

216. Dal principio che la disposizione dell'art. 3 è eccezionale segue che non può essere estesa per via d'analogia. La Corte di Gand ha giudicato così, e non vi ha alcun dubbio. Nella specie, gli ospizii domandavano il mantenimento d'un passaggio che sostenevano aver esercitato da tempo immemorabile. Era la rivendicazione d'un diritto di servitù, il che non ha nulla di comune con una domanda d'annullamento o di revocazione (4).

217. Non ogni domanda di nullità e di revocazione deve essere resa pubblica. A termini dell'art. 3, la domanda deve inoltre

---

(1) TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 390, n. 220. MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 185, n. 535. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, p. 465, n. 630. In senso contrario, RIVIÈRE e HUGUET, *Questioni*, p. 181, nn. 269 e 270.
(2) FLANDIN, *Della trascrizione*, t. II, p. 466, n. 631.
(3) Liegi, 24 maggio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 376).
(4) Gand, 31 luglio 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 395).

avere per oggetto diritti risultanti da atti soggetti alla trascrizione. La pubblicità dell'art. 3, come ha spiegato la commissione del senato (n. 205), è una conseguenza della pubblicità prescritta dall'art. 1.° Se un'azione ha per oggetto diritti che non sono soggetti alla trascrizione, non può parlarsi di rendere pubblica la domanda.

218. L'applicazione del principio solleva una difficoltà. Vi ha un atto che, per sua natura, è soggetto alla trascrizione, ma è anteriore alla nuova legge, e per conseguenza non deve essere trascritto. Se sorge una lite su questo atto, la domanda e la sentenza dovranno essere rese pubbliche? La questione non è decisa dagli articoli 1 e 3 della legge ipotecaria. La difficoltà riguarda il principio della non retroattività delle leggi. Le formalità di procedura sono rette dalla legge in vigore al momento in cui l'azione è intentata. Devesi applicare questa regola alla formalità dell'inscrizione stabilita dall'art. 3? Benchè prescritta nell'interesse dei terzi, l'inscrizione della domanda non cessa di essere una formalità la cui inosservanza genera un'eccezione in favore del convenuto. Essa riguarda dunque la procedura. Ne consegue che la nuova legge è applicabile ad ogni domanda avente per oggetto l'annullamento o la revocazione d'un diritto reale immobiliare, quantunque l'atto sia stato steso anteriormente alla nuova legge. Nel sistema della legge, questo atto si ritiene trascritto, e quindi l'art. 3 è applicabile (1).

219. L'art 3 non è applicabile che quando i diritti risultano da atti *soggetti alla trascrizione.* Ciò suppone che gli atti siano trascritti, come dice la legge francese del 1855, che contiene una disposizione analoga (2). Questa redazione tronca una difficoltà che si presenta sotto l'impero della legge belga. L'atto, quantunque soggetto alla trascrizione, non è stato trascritto. Occorrerà, in questo caso, che l'inscrizione sia fatta? Gli autori insegnano di sì. La Corte di Bruxelles si è pronunciata per l'opinione contraria, che noi non esitiamo ad ammettere. Non vi ha pubblicità obbligatoria senza legge. Ora, dal testo dell'art. 2 risulta che la legge non ha ordinato l'inscrizione se non quando fu fatta la trascrizione. Per vero la legge vuole che la domanda sia inscritta in margine alla trascrizione prescritta dall'art. 1.°, e che le sentenze siano inscritte dopo questa menzione. Dunque la pubblicità organizzata dalla legge implica che sia stata fatta la trascrizione. Se l'atto non è stato trascritto, la pubblicità, quale è stabilita dalla legge, diviene impossibile, prova certa che ci troviamo fuori della legge. Non vi ha testo il quale dica come l'inscrizione dev'essere fatta, e quindi l'inscrizione non occorre. Gli autori i quali ammettono la necessità dell'inscrizione, anche quando non vi fosse trascrizione, creano la legge, poichè esigono la pub-

(1) Martou, *Commentario*, t. I, p. 159, n. 134.
(2) Troplong, *Della trascrizione*, p. 391, n. 223.

blicità in un caso non previsto dalla legge, e quindi fanno ciò che il solo legislatore ha diritto di disporre. Se ne vuole la prova? L'art. 3 della legge belga non ha fatto che riprodurre, generalizzandola, la disposizione dell'art. 958 del codice civile. Anche questo articolo diceva che l'inscrizione doveva farsi in margine alla trascrizione prescritta dall'art. 939, donde la questione di sapere se si dovesse inscrivere un estratto della domanda quando non vi fosse un atto trascritto, e come si sarebbe fatta questa inscrizione. Non vi erano meno di quattro opinioni diverse in tale difficoltà. Come avviene sempre quando la legge è muta, ogni scrittore ha il suo sistema. Gli autori avrebbero dovuto ricordarsi che in materia di pubblicità il silenzio della legge è decisivo poichè non vi ha pubblicità senza testo.

La circolare ministeriale del 23 gennaio 1852 ha adottato l'opinione di Toullier. Si è invocata questa circolare come un'autorità in favore dell'opinione che noi combattiamo. La Corte di Bruxelles dice benissimo che il ministro non decide le questioni sulle quali vi è controversia. È dubbio, reca la circolare, che il conservatore possa rifiutarsi di eseguire l'inscrizione quando l'atto non è stato trascritto. Se vi ha dubbio, ciò accade perchè la legge tace. La circolare emette forse il parere che, malgrado il silenzio della legge, l'inscrizione debba essere fatta? No, essa non dice nemmeno che il conservatore sia obbligato ad inscrivere. Nel dubbio, indica un modo di fare l'inscrizione. Si constaterà la consegna dell'estratto nel registro dei depositi, e si trascriverà il contenuto nel corpo del registro delle trascrizioni, colla data e nell'ordine del deposito. Ne sarà fatta menzione sul repertorio, nel conto aperto, antico o nuovo, del proprietario convenuto, lasciando in bianco le colonne che non potranno essere riempite che quando la trascrizione sarà ulteriormente richiesta. In margine questa a trascrizione sarà fatta menzione dell'iscrizione già annotata nel repertorio. Basta confrontare questo modo d'inscrizione con quello che la legge prescrive per convincersi che è estralegale, e ciò che, in materia di trascrizione, è estralegale, è illegale (1).

N. 3. — Dell'inscrizione.

220. Quali atti devono essere inscritti? La domanda e le decisioni pronunciate sulle domande. Quanto alla domanda, non vi ha alcuna difficoltà, essendo essa un atto unico. La legge dice che *ogni decisione* pronunciata sulla domanda sarà egualmente

---

(1) Bruxelles, 13 luglio 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 27). In senso contrario, Martou, *Commentario*, t. I, p. 162, n. 138; Casier, *Studii*, p. 73, nn. 70-73; Cloes, *Commentario*, t. I, p. 90, n. 171.

inscritta. Si deve conchiuderne che tutte le sentenze che intervengono nel corso della causa, anche le sentenze preparatorie ed interlocutorie, debbano essere rese pubbliche? No, la parola *decisione* implica una sentenza che *decide* la domanda di cui la legge prescrive la pubblicità. Ora, le sentenze preparatorie ed interlocutorie non pongono fine alla causa, e quindi non sono *decisioni* nel senso dell'art. 3. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Perchè la legge assoggetta all'iscrizione le sentenze pronunciate sulla domanda? Perchè i terzi sono interessati a sapere quale sia l'esito della domanda. È ammessa o respinta? L'atto fu annullato, revocato, o mantenuto? Ecco quello che interessa i terzi. Dunque è la sentenza la quale termina la causa che deve essere resa pubblica. Quanto alle sentenze che riguardano la procedura, esse non presentano alcun interesse pei terzi, e quindi sarebbe frustraneo il pubblicarle. Se la legge dice che ogni decisione deve essere inscritta è perchè vi ha più d'una causa ed ogni causa si termina con una sentenza. Tutte queste sentenze devono essere rese pubbliche. Ecco già un vero lusso di pubblicità. Sarebbe bastato inscrivere la decisione che pon termine definitivamente alla lite. Bisogna guardarsi dal fare aggiunte alla pubblicità legale (1).

Così si devono inscrivere le sentenze pronunciate in appello, senza distinguere se la sentenza di prima istanza sia mantenuta o riformata. Dal momento che vi ha appello i terzi sono interessati a sapere quale ne sia l'esito. Accade lo stesso delle decisioni pronunciate sul ricorso in cassazione, senza distinguere fra le sentenze di annullamento e quelle di rigetto. Se vi ha cassazione, l'affare è rinviato avanti un'altra Corte o avanti un altro tribunale. La decisione che interverrà dovrà naturalmente essere inscritta. Si può rimproverare alla legge d'aver prescritto una pubblicità eccessiva; ma il legislatore ha parlato, e l'interprete deve obbedire (2).

221. La pubblicità si fa mediante l'inscrizione, mentre per gli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari la legge prescrive la trascrizione. Vi ha una ragione di questa differenza. I terzi sono interessati a conoscere la clausola degli atti di vendita, di divisione o di locazione, e siccome non si può determinare *a priori* a quali clausole si limiti il loro interesse, bisognava ordinarne la copia integrale, mentre per le domande di annullamento, al contrario, e per le decisioni pronunciate su queste domande, è facilissimo precisare quello che interessa i terzi. È il fatto della domanda che apprende loro come il tale atto trascritto sia minacciato d'annullamento, poi le sentenze che accolgono la domanda o la respingono. Sarebbe

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 171, n. 153.
(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 173, nn. 158 e 159.

stato inutile, e quindi frustratorio, copiare sui registri del conservatore i motivi di fatto e di diritto sui quali sono fondate le domande e le sentenze. Una semplice menzione della domanda e delle decisioni bastava per avvertire i terzi e apprender loro ciò ch'essi hanno bisogno di sapere.

222. La differenza che esiste fra la trascrizione e l'inscrizione importa anche formalità diverse. Quando una parte fa trascrivere un atto, basta che lo presenti al conservatore delle ipoteche e che l'atto sia steso nelle forme richieste dalla legge. Le for malità sono più complicate quando si tratta di un'iscrizione che non deve comprendere che le menzioni essenziali. È l'art. 84 che regola questa materia. Se si tratta d'una domanda giudiziale, le parti devono presentare, sia personalmente, sia per mezzo di un terzo, due estratti in carta da bollo contenenti i nomi, cognomi, professioni e domicilio delle parti, i diritti di cui si chiede l'annullamento o la revocazione e il tribunale che deve conoscere dell'azione. Se si tratta d'una sentenza, le parti devono presentare due estratti in carta da bollo, rilasciati dal cancelliere, contenenti i nomi, cognomi, professioni e domicilii delle parti, il dispositivo della decisione, e il tribunale o la Corte che l'ha pronunciata.

La legge esige due estratti, come esige due note per l'inscrizione ipotecaria. Il conservatore tiene uno degli estratti, e consegna l'altro al richiedente col certificato della eseguita inscrizione. Diremo, trattando della pubblicità delle ipoteche, quale sia lo scopo di queste formalità. La legge applica anche alle inscrizioni prescritte dall'art. 3 il nuovo principio che essa stabilisce per quanto riguarda la nullità (art. 85). L'omissione dell'una o dell'altra delle formalità ch'essa esige non importa la nullità dell'inscrizione che quando ne risulta un danno per i terzi. Spiegheremo questa materia al capo delle *Ipoteche*.

223. Si presenta una difficoltà speciale per l'inscrizione prescritta dall'art. 3. Supponiamo che il diritto, di cui si chiede l'annullamento o la revocazione, abbia formato l'oggetto di trasmissioni successive, trascritte sui registri del conservatore. L'attore deve, in questo caso, far inscrivere la domanda e le decisioni in margine a ciascuna trascrizione? O basta che l'inscrizione si faccia in margine al primo atto trascritto? Ciò dipende dalla natura e dall'oggetto della domanda. Se l'attore conchiude per l'annullamento o la revocazione di tutti gli atti, dovrà far inscrivere la domanda e le sentenze in margine a tutti gli atti inscritti. È l'applicazione letterale della legge. Ma « quando la domanda è diretta contro l'atto primitivo, col quale si è effettuato il cambiamento dei diritti immobiliari, si soddisfa pienamente alla legge coll'inscrizione della domanda in margine a quest'atto, regolarmente trascritto. L'art. 3 non esige che questa formalità sia rinnovata per ciascuna delle trasmissioni ulteriori, se l'attore giudica ch'esse non hanno attentato ai suoi diritti e se non ne chiede direttamente la nullità ». Sono questi

i termini d'una sentenza della Corte suprema del Belgio (1). Nella specie, il ricorso invocava la mancanza d'inscrizione della domanda come mezzo di nullità contro la sentenza impugnata. Quanto alla sentenza intervenuta sulla domanda, è sottinteso che non deve essere inscritta in margine agli atti che non sono annullati nè revocati. È un argomento decisivo in favore dell'interpretazione consacrata dalla Corte. Infatti, l'inscrizione delle sentenze e della domanda costituisce una sola e medesima formalità, la pubblicità determinata dalla legge. Se le sentenze non devono e non possono nemmeno essere inscritte, non si potrebbe parlare d'inscrivere la domanda. E se la domanda dovesse essere inscritta, anche le sentenze dovrebbero essere rese pubbliche. Ora, sarebbe assurdo inscrivere, in margine ad atti trascritti, sentenze estranee a questi atti, e quindi è assurdo inscrivere la *domanda*. D'altronde i terzi che figurano in un atto non hanno alcun interesse a conoscere la domanda e le decisioni che intervengono. I loro atti sono mantenuti finchè non vengono impugnati. Ed è inutile che intervengano in causa per difenderli, perchè la sentenza non pronunciata in loro presenza non può essere ad essi opposta. Bisognerà che l'attore agisca contro di loro per rivendicare l'immobile rientrato nel suo dominio in forza della sentenza che ha ottenuto, e su questa nuova azione essi possono difendere i loro interessi.

N. 4. — Conseguenza della mancanza d'inscrizione.

224. La mancanza di pubblicità non produce sempre le stesse conseguenze. Gli effetti variano secondo la natura degli atti che devono essere resi pubblici. Se si tratta della trascrizione d'atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari, la legge pone il principio ch'essi sono considerati a riguardo dei terzi come inesistenti finchè non sono stati resi pubblici (nn. 159 e 160). Le locazioni, al contrario, sebbene non trascritte, sono mantenute; soltanto sono riducibili (n. 161). Quanto alle domande giudiziali ed alle sentenze pronunciate su queste domande, la mancanza di pubblicità ha effetti del tutto particolari.

Un primo effetto, applicabile ad ogni domanda, è un'eccezione che può essere opposta all'attore: « *Nessuna domanda* tendente a far pronunciare l'annullamento o la rivocazione di diritti risultanti da atti soggetti alla trascrizione *sarà ammessa dai tribunali* se non dopo essere stata inscritta in margine alla trascrizione » (art. 3).

---

(1) Rigetto, 28 giugno 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 23). Nello stesso senso MARTOU. *Commentario*, t. I, p. 163, n. 139; TROPLONG, *Della trascrizione*, p. 394, n. 222, Cfr. DELEBECQUE, *Commentario*, p. 67, n. 62; CLOES, *Commentario*, t. I, p. 86, numero 166; MOURLON, *Della trascrizione*, t. II, p. 199, n. 548.

La legge impone in secondo luogo un obbligo ai cancellieri: « Essi non possono, sotto pena di tutti i danni ed interessi, rilasciare alcuna copia della sentenza pronunciata sulla domanda prima che sia stato loro debitamente comprovato, nella forma prescritta dall'art. 84, che è stata fatta l'inscrizione ». Questa disposizione, in apparenza, è generale; in realtà, per quanto riguarda i danni ed interessi, non si applica, come diremo più avanti, che al caso in cui la revocazione opera un effetto retroattivo; non si applica quando la revocazione si fa *ex nunc*.

Resta a sapere quale sia la conseguenza della mancanza d'inscrizione per quanto riguarda i *terzi*. È questo l'oggetto dell'art. 4, il quale non riguarda che la revoca *ex nunc*.

I. — Dell'eccezione d'improcedibilità.

225. L'art. 3 dice che la domanda non resa pubblica non sarà *ammessa*. Ne viene che nei lavori preparatorii si dice che il convenuto può opporre alla domanda un *fin de non-recevoir* (*un'eccezione perentoria*). Questa espressione non è esatta. Il *fin de non-recevoir* annulla il diritto stesso che vien reclamato giudizialmente, ed è certissimo che la mancanza di pubblicità della domanda lascia sussistere il diritto. Essa impedisce soltanto che la domanda sia ammessa; di modo che l'attore può sempre far valere il suo diritto dopo aver resa pubblica la sua domanda. E perchè non restasse alcun dubbio su questo punto il ministro della giustizia propose un emendamento col quale riproduceva nell'art. 3 i termini dell'art. 48 del codice di procedura. Quest'ultima disposizione è così concepita: « Nessuna domanda principale, introduttiva d'istanza, *sarà ammessa* dai tribunali se il convenuto non sia stato preventivamente chiamato in conciliazione avanti il giudice di pace ». La conseguenza dell'inosservanza dell'art. 48 è che il convenuto può respingere la domanda con un'eccezione che non riguarda la sostanza, e che si chiama, per questa ragione, una semplice *eccezione d'improcedibilità* (*fin de non-procéder*). È lo stesso della mancanza di pubblicità, nel senso dell'art. 3, poichè questa disposizione è ricalcata su quella dell'art. 48 (1).

226. L'eccezione è d'ordine pubblico, poichè la pubblicità fu stabilita nell'interesse dei terzi, che è un interesse generale. Ne consegue che l'eccezione può e deve anzi essere opposta d'ufficio dal giudice. È al tribunale che la legge si rivolge dicendo che nessuna domanda sarà ammessa. La pubblicità è il più delle volte indifferente alle parti. Il convenuto può dunque

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 165, n. 142. PARENT, p. 81.

non opporre l'eccezione. In tal caso deve farlo il tribunale. La redazione primitiva lo diceva formalmente: « Questa non-ammissibilità sarà pronunciata anche d'ufficio ». La frase fu tolta unicamente perchè non quadrava con un cambiamento di redazione proposto dal ministro della giustizia. La commissione del senato, pur approvando questa modificazione, ebbe cura di soggiungere: « L'inscrizione essendo richiesta meno nell'interesse delle parti che in quello dei terzi, è una formalità d'ordine pubblico, e, per conseguenza, l'omissione di tale formalità fa nascere un *fin de non recevoir* che il giudice può supplire d'ufficio senza che la legge debba dargliene espressamente la facoltà » (1).

Dicendo che il giudice può d'ufficio opporre l'eccezione senza che la legge ne l'autorizzi, la commissione del senato non ha inteso stabilire che il giudice sia libero di non opporla. Egli ha obbligo di farlo, perchè la pubblicità è d'ordine pubblico, e l'eccezione d'improcedibilità è il mezzo più semplice ad un tempo e più energico per costringere l'attore ad inscrivere la domanda. La Corte di Bruxelles ha giudicato così. Essa ne deduce la conseguenza che l'inscrizione deve farsi in principio della causa, e che la mancanza di pubblicità paralizza l'azione; che, per conseguenza, l'inscrizione fatta nel corso della causa, e specialmente in appello, è inefficace, perchè non può sanare la procedura iniziata illegalmente e violando una prescrizione d'ordine pubblico. La Corte annullò conseguentemente la sentenza di prima istanza e tutta la procedura, salvo la citazione (2). Ciò è perfettamente logico. La citazione è il solo atto che l'attore possa compiere legalmente, perchè prima che l'inscrizione possa essere fatta occorre vi sia una domanda; ma tutto ciò che segue la citazione è viziato e deve essere annullato.

Dal principio che l'eccezione è d'ordine pubblico segue ancora ch'essa può essere opposta in ogni grado di giurisdizione. Nel caso che abbiamo riferito l'eccezione era stata opposta in appello. La Corte annullò tutta la procedura, tanto quella d'appello qnanto quella di prima istanza. La procedura deve dunque ricominciare (3).

II. — Dell'obbligo imposto al cancelliere.

227. L'eccezione d'improcedibilità garantisce la pubblicità della domanda, se i tribunali adempiono al dovere che la legge impone loro implicitamente. Quanto alla pubblicità delle sentenze, la legge incarica i cancellieri di vegliare a che siano inscritte.

---

(1) D'Anethan, seconda *Relazione* (Parent, p. 481 e seg.).
(2) Bruxelles, 10 novembre 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 419).
(3) Martou, *Commentario*, t. I, p. 167, nn. 144 e 145.

La loro azione non è che indiretta. Non è il cancelliere che deve chiedere l'inscrizione, come vi è tenuto l'avvocato, secondo la legge francese del 1855, sotto pena d'ammenda, ma egli ha un mezzo indiretto per costringere le parti a far inscrivere la decisione. La legge gli vieta di rilasciare copia alcuna delle sentenze non inscritte. Essa avrebbe dovuto sanzionare questo divieto o quest'obbligo mediante una pena, come fa la legge francese. Secondo la nostra legge, non vi è altra sanzione che quella dei danni ed interessi. Se ne è conchiuso che, allorquando non vi fosse luogo a danni, il cancelliere potesse rilasciare copie di sentenze non inscritte (1). Può farlo, senza dubbio, nel senso che non incorre in pena veruna, ma non è men vero che così facendo manca al suo dovere.

228. Il divieto stabilito dall'art. 8 è generale. Il cancelliere non può rilasciare *alcuna copia* prima che la parte gli giustifichi che la sentenza è stata inscritta. Poco importa qual sia l'effetto della sentenza. Retroagisca o no, la legge non distingue: essa non permette, in niun caso, al cancelliere di rilasciare una copia finchè non vi ha inscrizione. Ma la sanzione dei danni ed interessi non è applicabile al caso in cui la sentenza operi *ex nunc*. Infatti, poichè il proprietario il cui diritto è invocato può fare atti di disposizione fino al momento in cui la rivocazione è resa pubblica dall'inscrizione della domanda, seguita coll'inscrizione della sentenza, i terzi non risentono alcun danno dalla mancanza di pubblicità. Supponiamo che nè la domanda nè la sentenza siano state rese pubbliche. In questo caso, il proprietario di cui si invoca il diritto, sarà sempre considerato come proprietario a riguardo dei terzi, nel senso che tutti gli atti di disposizione che egli compia saranno validi. Per conseguenza i terzi non subiranno alcun danno, e non avranno azione contro il cancelliere, poichè nessun danno fu loro recato. È solo nei casi in cui la sentenza ha effetto retroattivo che i terzi possono rimaner lesi dalla mancanza di pubblicità. Il cancelliere rilascia copia della sentenza quando non vi fu ancora pubblicità della domanda, nè delle decisioni intervenute sulla medesima. Un terzo, nell'ignoranza della rivocazione dei diritti del proprietario, tratta con lui, acquistando l'immobile o stipulando un'ipoteca. Questi atti sono nulli perchè consentiti da colui che si ritiene non aver mai avuto alcun diritto sulla cosa. Ecco il danno. E questo danno è imputabile al cancelliere, perchè, se avesse adempito al suo dovere, la sentenza sarebbe stata inscritta, e l'inscrizione avrebbe avvertito il terzo, il quale non avrebbe certamente contrattato col proprietario i cui diritti furono annullati retroattivamente (2).

---

(1) DELEBECQUE, *Commentario legislativo*, p. 69, n. 66. In senso contrario, MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 175, n. 163.

(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 175, n. 164.

III. — **Effetto della mancanza d'inscrizione per quanto riguarda i terzi.**

229. La legge ordina l'inscrizione della domanda e delle sentenze nell'interesse dei terzi. Si deve conchiuderne che, se questi atti non vennero resi pubblici, devono essere considerati, a riguardo dei terzi, come inesistenti? Bisogna distinguere fra le sentenze che retroagiscono e quelle che non retroagiscono. La regola è che le sentenze retroagiscano, vale a dire si considera che i proprietari il cui diritto è annullato, revocato o risolto non abbiano mai avuto la proprietà dell'immobile; donde la conseguenza che gli atti di disposizione da essi fatti vengono a cadere. Ne risulta che la mancanza di pubblicità non può avere alcun effetto nei casi in cui la sentenza annulla retroattivamente i diritti del proprietario. Invano i terzi direbbero che le sentenze non possono essere loro opposte non essendo state rese pubbliche. Fra essi e il proprietario la lite non cade sopra una questione di pubblicità. Il vero proprietario rivendica la cosa sua contro coloro che la tengono da un proprietario apparente il quale non ha mai avuto la proprietà della cosa. I diritti dei terzi cadono, perchè sono stati concessi in forza di un diritto annullabile, revocabile o risolubile, in applicazione del principio che non possiamo conferire a terzi maggiori diritti di quelli che abbiamo noi stessi. La mancanza di pubblicità non può attribuire il diritto di disporre a colui che non è proprietario. Ora il proprietario prova che i diritti reclamati dai terzi sono stati loro consentiti da chi non era proprietario, producendo la sentenza che annulla i loro diritti. Diranno i terzi che questa sentenza non può essere loro opposta perchè non vi furono parti? È il loro diritto, ma questo diritto, ancora una volta, è estraneo alla pubblicità; esso riguarda i principii che reggono la cosa giudicata, e l'attore può eludere l'eccezione di cosa giudicata chiamando in causa i terzi ai quali il convenuto ha consentito dei diritti. In questo caso, la sentenza sarà loro comune, e potrà essere loro opposta senza che nessuna inscrizione sia stata presa.

Dovrà dirsi per questo che la mancanza di pubblicità non ha alcuna conseguenza nè alcuna sanzione riguardo agli atti il cui annullamento o la cui rivocazione retroagiscono? Abbiamo già risposto alla questione. La pubblicità interessa i terzi, e la mancanza di pubblicità può esser loro dannosa. Quindi la pubblicità deve avere una sanzione. La legge dà ai terzi un'azione per danni ed interessi contro il cancelliere quando la mancanza d'inscrizione li abbia indotti in errore per colpa del cancelliere stesso. Inoltre la legge fa un dovere al giudice di non ricevere la domanda finchè non sia stata resa pubblica. Ecco due garanzie stabilite in favore dei terzi, i cui diritti

minacciano di essere annullati in forza della retroattività della sentenza.

230. Accade ben altrimenti nei casi in cui la revocazione agisce *ex nunc*. Ci serviamo del linguaggio scolastico perchè abbrevia le spiegazioni. Per enunciare questa idea l'art. 4 ha dovuto usare circonlocuzioni che rendono la disposizione oscura. Esso dispone: « Saranno valide tutte le alienazioni fatte, tutte le ipoteche e gli altri pesi reali imposti anteriormente all'inscrizione richiesta dall'art. 3 nei casi in cui nè la revocazione nè l'annullamento sono di tal natura da pregiudicare simili diritti consentiti prima dell'azione ». Ciò vuol dire « nel caso in cui vi ha revocazione *ex nunc* ». Soltanto bisogna cancellare le parole *nè l'annullamento*, perchè l'annullamento non opera mai *ex nunc*, ma agisce sempre retroattivamente, pel motivo che suppone un vizio il quale colpisce la convenzione e la rende nulla fin dall'origine; di modo che non si concepisce nemmeno che l'annullamento non abbia luogo che a partire dalla sentenza o dalla domanda, poichè sarebbe come dire che un atto nullo perchè viziato può produrre effetti; il che è giuridicamente impossibile. Per servirci dei termini dell'art. 3, è impossibile che coloro il cui diritto è *nullo* possano conferire a terzi diritti *validi*. Colui che ha soltanto un diritto viziato non può conferire ai terzi che diritti egualmente viziati. Il principio consacrato dall'art. 4 non riguarda dunque che la *revocazione*, la quale opera talvolta senza retroattività, *ex nunc*, come si dice. Anche questi casi sono rarissimi, come abbiamo notato più sopra (numero 209).

Quando la proprietà è revocata *ex nunc*, il proprietario è considerato come tale, a riguardo dei terzi, fino al momento in cui la domanda di revocazione sia stata inscritta. È l'applicazione del principio che regola le sentenze, combinato col principio di pubblicità. Le sentenze non essendo che dichiarative hanno effetto a partire dal giorno della domanda. Una volta riconosciuto il diritto dell'attore, questi deve ottenere, a partire dal giorno del reclamo giudiziale, quello che avrebbe ottenuto se la decisione fosse stata pronunciata fin da quel giorno, non dovendo le lentezze inevitabili della giustizia nuocere a coloro che sono obbligati a ricorrervi. Per principio, il diritto del convenuto è dunque revocato a partire dalla domanda, ma questo principio è modificato dall'obbligo di rendere la domanda pubblica nell'interesse dei terzi che sono nel caso di contrattare col proprietario il cui diritto è soggetto a revocazione. Essi possono trattare con lui fino al giorno in cui acquistano cognizione della domanda di revoca, e quindi fino al giorno dell'iscrizione. Di qui la conseguenza che tutti gli atti stipulati prima dell'iscrizione della domanda sono validi, nel senso che il proprietario aveva il diritto di farli. La legge ipotecaria, è sottinteso, non intende convalidare questi atti sotto altri rapporti. La questione di sapere se atti emanati dal proprietario sono o non sono validi è decisa dai principii generali di diritto.

231. Può darsi che la domanda non sia stata inscritta. In questo caso, dice il secondo alinea dell'art. 4, la sentenza di revocazione o d'*annullamento* non avrà effetto a riguardo dei terzi, che a datare dal giorno in cui sarà stata inscritta. La parola *annullamento* è di troppo, perchè ogni annullamento retroagisce necessariamente. Nell'art. 4 non è questione che della revoca *ex nunc*. Se la domanda non è stata resa pubblica, i terzi hanno dovuto credere che nussuna azione di revocazione sia stata proposta contro il proprietario. Essi trattano dunque con lui come se fosse il vero proprietario. Se la sentenza potesse essere loro opposta, sarebbero ingannati, lesi. Ora, lo scopo della pubblicità che la legge organizza è precisamente d'impedire che i terzi soffrano un danno dalla clandestinità degli atti ch'essi hanno interesse a conoscere. La legge ha dunque dovuto decidere che una domanda non inscritta fosse ritenuta inesistente a riguardo dei terzi. Non vi ha pubblicità in questo caso, che coll'inscrizione della sentenza. Dunque la revocazione non può aver effetto contro i terzi che a partire da questa inscrizione. Ne consegue che se, posteriormente alla sentenza, il proprietario il cui diritto è revocato aliena o ipoteca l'immobile di cui ha cessato d'essere proprietario, questi atti sono mantenuti. Uno che non è proprietario avrà dunque il diritto di disporre della cosa. È questa un'anomalia, ma si spiega col principio di pubblicità. Se la proprietà è revocata, lo è con una sentenza che deve essere resa pubblica per aver effetto a riguardo dei terzi. Se non è inscritta, non si può opporla a coloro che hanno trattato col proprietario nell'ignoranza della decisione che revoca il suo diritto.

232. La legge non prevede il caso che la domanda sia stata inscritta, mentre non lo è la sentenza. Se un terzo tratta col proprietario il cui diritto è revocato con sentenza del giudice, questa sentenza potrà essergli opposta quantunque non sia stata resa pubblica? Per principio, bisogna dire della sentenza quello che la legge dice della domanda. Non essendo inscritta, essa è considerata a riguardo dei terzi come inesistente, e quindi non può produrre alcun effetto contro di loro. Così, in teoria, l'alienazione o l'ipoteca consentite posteriormente all'inscrizione della domanda sarebbero valide. Ma questa teorica non giova ai terzi, che sarebbero imprudentissimi se vi si affidassero. Infatti, la legge non fissa alcun termine entro cui dev'esser fatta l'inscrizione della sentenza, la quale quindi può sempre farsi utilmente. Per conseguenza, la decisione che revoca il diritto del proprietario potrà essere inscritta nel momento in cui il terzo volesse invocare la mancanza d'inscrizione. Il legislatore avrebbe dovuto prescrivere un termine per fare l'inscrizione nell'interesse dei terzi. Tuttavia la legge non è così ingiusta come si potrebbe credere. Infatti, i terzi sono prevenuti dalla pubblicità della domanda di revocazione. Da quel momento essi non devono più

trattare col proprietario il cui diritto è minacciato. Se contrattano, lo fanno a loro rischio e pericolo (1).

233. Noi abbiamo sempre supposto che gli atti compiuti dai terzi conferiscano loro un diritto reale. Tale è, infatti, la disposizione dell'art. 4 che dichiara valide tutte le *alienazioni* fatte, tutte le *ipoteche* e gli altri *pesi reali* imposti anteriormente all'inscrizione della domanda di revocazione. Che dovrà dirsi delle locazioni consentite dal proprietario il cui diritto è revocato? Stando alla lettera della legge, bisognerebbe dire che le locazioni non sono valide. Sarebbe uno di quei cattivi argomenti che si attingono nel silenzio della legge e che non hanno alcun valore quando sono contrarii ai principii. Ora, quale è il principio stabilito dall'art. 5? Che il proprietario il cui diritto viene revocato fu proprietario fino al momento in cui la domanda e, in mancanza della domanda, la sentenza è stata resa pubblica. E se fu proprietario, ha potuto validamente fare qualsivoglia atto di proprietà. La legge rispetta le alienazioni e le ipoteche da lui consentite; a maggior ragione deve rispettare le locazioni. Sarà necessario che le locazioni siano state trascritte? No, a nostro avviso, perchè la legge non lo esige. Non si può invocare l'art. 1.° della legge ipotecaria, perchè questa disposizione suppone che si tratti d'una locazione che il conduttore vuol opporre agli aventi causa del locatore, terzi acquirenti o creditori ipotecarii, mentre, nella specie, si tratta della validità d'una locazione consentita da un proprietario il cui diritto è poi revocato. Tutto ciò che si può esigere, secondo i principii generali, è che il conduttore provi che la sua locazione ha data certa anteriore all'iscrizione della domanda. Va da sè, del resto, che la locazione deve essere stata fatta in buona fede. La frode fa sempre eccezione (2).

234 L'applicazione dell'art. 3 dà luogo ad una difficoltà sulla quale vi ha controversia. Supponiamo che la domanda non sia stata inscritta. Prima dell'inscrizione della sentenza, un terzo stipula un'ipoteca sull'immobile e l'inscrive. Questa ipoteca potrà essere opposta al proprietario se il terzo conosceva la sentenza non resa pubblica? La stessa questione si presenta per la locazione e per i diritti reali consentiti dal proprietario il cui diritto è revocato. Si tratta di sapere se la disposizione dell'art. 1.° della legge ipotecaria, concernente la frode, debba essere applicata all'art. 4. La soluzione della questione dipende dal carattere di questa disposizione. Se è l'applicazione d'un principio generale, s'intende che dev'essere applicata al caso previsto dall'art. 4. Se è, al contrario, un'eccezione, bisogna restringerla agli atti traslativi e dichiarativi di diritti reali immobiliari, pei

(1) Martou, *Commentario*, t. I, p. 181, n. 171. Cfr., in senso diverso, Casier, *Studii*, p. 82, n. 83; Cloes, *Commentario*, t. I, p. 95, n. 182.
(2) Cfr. Martou, *Commentario*, t. I, p. 180, n. 168.

quali è stata fatta. Aggiungiamo che, nell'esame di questa difficoltà, l'interprete deve preoccuparsi dell'intenzione del legislatore, e non della teoria ch'egli può preferire a quella della legge. Così posta, la questione non esiste più. L'art. 1.° dice che gli atti non trascritti non possono essere opposti ai terzi che avessero contrattato *senza frode*. La parola *frode* rivela il pensiero del legislatore. Esso considera il terzo che acquista un immobile, quando sa che il venditore lo ha gia venduto ad un primo acquirente, come in mala fede, e, per conseguenza, decide che gli si può opporre l'eccezione di dolo. Ora, questa eccezione è di diritto comune. Un vecchio adagio dice che la frode fa sempre eccezione. Invano si osserva che non vi ha nella specie nè dolo nè frode. Fosse pur vero, non si dovrebbe meno decidere che vi ha frode legale, vale a dire che il legislatore ammette che vi sia frode; il che tronca la difficoltà. Che importa se il codice civile ammette il contrario nell'art. 1071? È piuttosto questa disposizione che ha un carattere eccezionale, e si spiega collo sfavore che colpisce le sostituzioni. Anche quando il legislatore le autorizza, esso preferisce i diritti dei terzi, che si confondono coll' interesse generale, a quello dei sostituenti. Checchè ne sia, la legge ipotecaria non deve essere interpretata col codice civile, ma colla legge stessa. Ora sarebbe una contraddizione stridente, inesplicabile, respingere i terzi di mala fede nell'art. 1.° e proteggerli nell'art. 4. Può mai il legislatore dare il suo appoggio a coloro ch'egli considera come colpevoli di frode? (1).

§ II. — *Della cessione di crediti ipotecari o privilegiati.*

N. 1. — Quali cessioni devono essere rese pubbliche.

235. La legge ipotecaria (art. 5) assoggetta alla pubblicità la cessione d'un credito ipotecario o privilegiato, nel senso che non potrà essere opposta ai terzi se non sia stata resa pubblica. È questa una deroga al codice civile. L'art. 1690 stabilisce che il cessionario non ha diritto verso i *terzi* che dopo fatta la denunzia al debitore della seguita cessione e dopo che il debitore abbia accettata la cessione stessa con un atto autentico. Il codice stabiliva dunque una condizione nell' interesse dei terzi, derogando in ciò al principio ch'esso consacra sul trasferimento della proprietà. Per regola generale, la proprietà si trasferisce, fra le parti ed a riguardo dei terzi, pel solo effetto del contratto, indipendentemente da ogni tradizione e da ogni

(1) In senso contrario, MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 181, n. 172. Cfr. CASIER, *Studii*, p. 83, n. 84, e CLOES, *Commentario*, t. I, p. 89, n. 170.

formalità esteriore. Accade ben altrimenti della cessione dei crediti. Fra le parti la cessione è perfetta col concorso del consenso, mentre a riguardo dei terzi essa non esiste che quando sia stata notificata al debitore o da lui accettata. La notifica o l'accettazione è una specie di pubblicità prescritta nell'interesse dei terzi. Occorre un atto autentico, vale a dire pubblico. I terzi che hanno interesse a conoscere la cessione possono rivolgersi al debitore, il quale, in questo sistema, esercita, in certo qual modo, la funzione d'un pubblico ufficiale. A bella posta usiamo espressioni poco giuridiche per definire il principio consacrato dal codice Napoleone in materia di cessione di crediti. È una pubblicità affatto insufficiente; per meglio dire, la cessione resta clandestina, perchè la legge non incarica il debitore d'informare i terzi, e il debitore, dopo tutto, non è tenuto a rispondere ai terzi che lo consultano, e se risponde loro e non dice la verità, ove sarà la loro garanzia? La notifica o l'accettazione non era efficace che a riguardo del debitore, avvertito della cessione con un atto autentico, ma un secondo cessionario, come pure i creditori del cedente, potevano benissimo ignorare la cessione. La formalità prescritta dal codice civile aveva dunque tutti gli inconvenienti della clandestinità. Un secondo cessionario poteva essere ingannato dal cedente comperando un credito già ceduto.

La nuova legge ha per scopo di garantire gli interessi dei terzi, sostituendo la pubblicità alla clandestinità, ma non prescrive la pubblicità che per i diritti reali, e occorre inoltre che questi diritti siano immobiliari. Quanto alle transazioni mobiliari esse restano sotto l'impero del codice civile. Ecco perchè la legge ipotecaria limita l'innovazione ai crediti che sono garantiti da un'ipoteca o da un privilegio. I crediti non ipotecarii nè privilegiati non sono soggetti al principio di pubblicità. Sono diritti puramente mobiliari e personali, di cui la nuova legge non si occupa. È vero che, sebbene garantita da un'ipoteca o da un privilegio, il credito rimane un diritto mobiliare, ma, siccome la cessione comprende i privilegi e le ipoteche inerenti al credito, ne risulta che la cessione d'un diritto mobiliare implica la cessione d'un diritto reale immobiliare. Infatti, secondo l'art. 1.° della nostra legge, i privilegi e le ipoteche sono diritti reali immobiliari, come diremo al capo delle *Ipoteche*. La nuova legge poteva dunque e doveva occuparsi della cessione dei crediti, privilegiati o ipotecarii.

Perchè sottopone essa alla pubblicità la cessione di questi crediti? Importa constatare i motivi della derogazione che la nuova legge arreca al codice civile, perchè ci serviranno a precisarne il senso e la portata. La commissione speciale dice che le buone leggi devono offrire armi contro la frode. Se il creditore che vende il suo credito ne conserva il titolo può facilmente alienarlo ad un secondo cessionario. Questi deve credere che il suo cedente sia ancora proprietario del credito, poichè

ha in mano il titolo e sussiste l'inscrizione ipotecaria. Egli acquisterà dunque un credito già ceduto, e sarà ingannato dalla clandestinità della prima cessione. La pubblicità lo mette al coperto da questa frode. Anche la commissione del senato dice, nella sua relazione, che importa rendere la cessione pubblica per impedire al creditore primitivo di cedere una seconda volta un diritto che non sarebbe più suo (1). Infine gli autori riproducono questo stesso motivo (2). Non si parla, nei lavori preparatorii, degli altri terzi. Quanto al debitore, la pubblicità è inutile, poichè egli deve essere direttamente avvertito mediante la notifica. Restano i terzi creditori. La formalità prescritta dal codice civile non fa loro conoscere l'esistenza della cessione, e quindi essi erano indotti in errore ed ingannati quando, sulla fede d'un'inscrizione ipotecaria, trattavano col creditore apparente dopo che questi aveva cessato d'essere proprietario del credito. La pubblicità stabilita dalla nuova legge giova anche a loro. Tuttavia essi non sono menzionati nelle relazioni delle commissioni, e gli autori non ne parlano. Diremo più avanti a quali difficoltà la legge dà luogo per quanto riguarda i creditori.

236. L'art. 5 prescrive la pubblicità non solo per la *cessione* d'un credito privilegiato o ipotecario, ma anche per la *surrogazione* ad un simile diritto. Vi hanno differenze essenziali fra la surroga e la cessione. Le abbiamo indicate al titolo delle *Obbligazioni*. Queste differenze sono estranee ai terzi. Il surrogato esercita i privilegi e le ipoteche inerenti al credito al pari del cessionario, e la surrogazione si presta alla frode più ancora che la cessione. Il legislatore lo ha preveduto, ed è questa la ragione delle condizioni rigorose ch'esso esige per la surrogazione consentita dal debitore. Ma per una strana dimenticanza il codice civile non esige nemmeno che il surrogato notifichi la surrogazione al debitore. Ciò prova quanto le idee relative alla pubblicità fossero estranee agli autori del codice Napoleone. La nuova legge ha ragione di equiparare la surroga alla cessione, poichè produce gli stessi effetti a riguardo dei terzi.

L'art. 5 dà luogo ad una difficoltà. Si domanda se essa sia applicabile alla surrogazione legale. La giurisprudenza si è pronunciata per l'affermativa (3). A primo aspetto, il testo sembra decidere la questione. La legge parla della surrogazione in termini generali, e quindi comprende i due casi di surrogazione, tanto la surroga legale quanto la convenzionale. E non sta il principio che, quando la legge non distingue,

---

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 15). Relazione della commissione del senato (PARENT, p. 401).

(2) CLOES, *Commentario*, t. I, p. 100, n. 191.

(3) Bruxelles, 22 febbraio 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 97). Cfr. rigetto, 8 maggio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 260), e Bruxelles, 2 febbraio 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 89).

non è permesso introdurvi distinzioni? L'argomento sarebbe decisivo se, dal punto di vista della pubblicità, non vi fosse una differenza fra le due surrogazioni. La pubblicità prescritta dalla legge ipotecaria suppone un *atto* stipulato dalle parti che deve esser reso pubblico. Quando si tratta della trascrizione, è cosa certa. Il conservatore non può copiare un atto che non esiste. Ecco perchè non vi ha luogo a trascrizione quando il trasferimento della proprietà s'opera in forza della legge (n. 36). Non si deve dire altrettanto del trasferimento d'un diritto reale immobiliare? I due casi sono identici al punto che, logicamente, la cessione d'un credito ipotecario o privilegiato avrebbe dovuto essere trascritta (n. 239). Dunque si deve applicare alla surrogazione legale quanto abbiamo detto della trasmissione della proprietà per opera della legge.

La dottrina consacrata dalla giurisprudenza solleva anche un altro dubbio. Come si fa la pubblicità quando non vi è un atto da copiare o da trascrivere? È la surrogazione che dovrebbe essere resa pubblica, al pari della cessione. Ma la cessione è sempre convenzionale. Quello che la legge dice della cessione suppone che vi sia una convenzione (art. 84 e 83, 3.°). Si può applicare la legge alla surrogazione convenzionale, ma, applicandola alla surrogazione legale, la si estende ad un caso ch'essa non prevede. Non si chiama questo fare la legge? Così noi pensiamo.

La legge avrebbe potuto e dovuto organizzare una pubblicità per la surrogazione legale, come fa dell'ipoteca legale, ma non l'ha fatto. È una lacuna, ma non crediamo che spetti all'interprete colmarla. Infatti, l'interprete non può creare forme e sanzionarle, occorrendo, colla pena della nullità.

237. Vi hanno atti analoghi alla cessione ed alla surrogazione. Devesi applicar loro l'art. 5? Bisogna dire dell'iscrizione quanto abbiamo avvertito circa la trascrizione. La legge sola può ordinare la pubblicità d'un atto, e quindi non vi ha pubblicità legale senza legge. Perchè un atto debba essere reso pubblico mediante inscrizione, occorre, per conseguenza, ch'esso equivalga ad una cessione o ad una surrogazione. Tale è la dazione in pagamento. Essa fu sempre assimilata ad una vendita. Benchè vi siano certe differenze, esse non riguardano i terzi. Se dunque un credito privilegiato o ipotecario vien dato in pagamento, l'atto deve essere inscritto perchè si possa opporlo ai terzi.

Accade lo stesso della delegazione che il debitore consente al suo creditore per liberarsi, quando venga delegato un credito privilegiato o ipotecario. Se il credito delegato è ricevuto in pagamento dal creditore, l'operazione costituisce una dazione in pagamento, dunque una vendita, e quindi vi ha luogo ad inscrivere l'atto conformemente all'art. 5. Non è questo estendere la legge, ma applicarla.

Che cosa deve dirsi della cessione che il creditore fa dell'ipoteca o del privilegio, senza cedere il credito principale? Sorge una

prima difficoltà. Una simile cessione è valida? Esamineremo la questione trattando dei privilegi e delle ipoteche. Se si ammette la validità della cessione, si deve ritenere anche ch'essa è soggetta all'inscrizione. Infatti, perchè la legge prescrive la pubblicità dei crediti privilegiati o ipotecarii? Precisamente pel privilegio o l'ipoteca che li garantiscono. In realtà, è la trasmissione del diritto reale che vien resa pubblica, e quindi deve essere inscritta, anche quando si fa separatamente. È allora un atto traslativo d'un diritto reale immobiliare. La legge sottopone questa trasmissione alla pubblicità, sia mediante trascrizione, sia mediante inscrizione. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio sulla necessità della pubblicità (1).

238. La legge del 5 maggio 1854 (art. 5) dispone che il *sequestro* d'una rendita privilegiata o ipotecaria non può essere opposto ai terzi se in margine all'inscrizione non è fatta menzione della data del sequestro, con indicazione dei nomi, cognomi, professioni e domicilii del sequestrante e del sequestrato. Questa disposizione colma una lacuna della legge ipotecaria. Si è detto giustamente, che se la cessione volontaria d'un credito deve essere resa pubblica per prevenire la frode, altrettanto deve avvenire ed a maggior ragione, dello spossessamento, che è una conseguenza del sequestro. È raro che il cedente rivenda una seconda volta il credito di cui ha cessato d'essere proprietario, mentre il creditore sequestrato potrebbe essere tentato di vendere il credito di cui conserva il titolo per procurarsi risorse (2). Ma importa notare che la legge del 1854 ha un oggetto speciale, il sequestro delle rendite costituite su privati; essa non s'applica agli altri crediti. Dunque la lacuna che noi abbiamo indicata sussiste, perchè le costituzioni di rendita diventano di giorno in giorno più rare.

N. 2. — Forme della pubblicità.

239. La pubblicità si fa mediante inscrizione. Siccome la cessione è una vendita, e questa vendita deve esser resa pubblica in forza del diritto reale immobiliare che comprende, esiste perfetta identità fra la cessione dell'art. 5 e l'atto traslativo di proprietà dell'art. 1.° Dunque, logicamente, la cessione dovrebbe essere trascritta come si trascrive la vendita d'un immobile. I lavori preparatorii non ci apprendono la ragione per la quale la legge s'è contentata di un'inscrizione quando si tratta di privilegi e d'ipoteche, mentre esige la trascrizione per tutti gli altri diritti reali immobiliari. Ciò avvenne forse perchè la sola

---

(1) Vedi, su tutti questi punti. MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 190, n. 174.
(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 195, n. 177.

cosa che interessi i terzi, in materia di cessione, è il fatto della trasmissione del credito.

240. Le forme della pubblicità sono diverse secondochè il credito ceduto è stato o non inscritto. Di regola i privilegi e le ipoteche saranno inscritti, poichè non diventano efficaci che coll'inscrizione. In tal caso si fa menzione, in margine all'inscrizione, della data e della natura del titolo del cessionario, con indicazione dei nomi, cognomi, professioni e domicilii delle parti.

Per operare questa inscrizione le parti devono presentare al conservatore la copia autentica dell'atto e due estratti in carta da bollo contenenti le indicazioni richieste dall'art. 5. Il conservatore restituisce al richiedente uno degli estratti sul quale certifica che la menzione è stata fatta. Trattando della pubblicità delle ipoteche, diremo perchè il conservatore conserva l'altro estratto.

L'art. 5 sembra esigere anche un'altra formalità. Esso dispone che il conservatore indicherà, in calce alla *nota*, il cambiamento operato sui suoi registri, vale a dire la fatta inscrizione della cessione. Quale è questa *nota?* I pareri sono diversi. Ecco la spiegazione di Martou, che è la più naturale. Il cedente, prendendo inscrizione dell'ipoteca, ha dovuto presentare due note al conservatore. Questi gli restituisce una delle due note, a piedi della quale certifica di aver fatto l'inscrizione (art. 84). All'atto della cessione del credito il creditore deve rimettere questa nota al cessionario, poichè è una garanzia pel proprietario del credito inscritto. Su questa nota il conservatore indica che il credito ha cambiato titolare. E' vero che, così interpretato, l'art. 5 è un duplicato dell'art. 84, ma si comprende. Quando fu adottato l'art. 5 non si sapeva ancora come si farebbe l'inscrizione della cessione, e più tardi il legislatore dimenticò di modificare l'articolo (1).

241. S'intende che le formalità sono le stesse per la surrogazione ad un credito privilegiato o ipotecario, quando il creditore ha preso inscrizione. Il conservatore fa, in questo caso, menzione della surroga o dell'atto equivalente (n. 237).

242. Come si fa la pubblicità quando il privilegio o l'ipoteca non sono stati trascritti? Il cessionario o il surrogato devono prendere, in tal caso, una inscrizione in loro proprio nome, in forza dell'atto di cessione o di surrogazione. L'art. 5, molto mal redatto, lo dice implicitamente. La legge si limita ad esigere per questa inscrizione che l'atto presentato al conservatore sia steso in forma autentica.

243. L'autenticità degli atti sui quali si fa sia la trascrizione,

---

(1) Martou, *Commentario*, t. I, p. 201, n. 187. Cfr., in senso diverso, Casier, *Studii*, p. 92, n. 95; Cloes, *Commentario*, t. I, p. 111, n. 211 e seg.; Delebecque, *Commentario*, p. 74, n. 72.

sia l'inscrizione, è una condizione generale richiesta dalla nuova legge. L'art. 5 la prescrive formalmente, si faccia la pubblicità per via di menzione o per via d'inscrizione. Abbiamo detto più sopra quali sono i motivi pei quali la legge non ammette alla trascrizione gli atti per scrittura privata che constatano una convenzione traslativa di diritti reali immobiliari (n. 124). Il relatore della commissione della camera dei rappresentanti ha fatto valere le stesse considerazioni in appoggio dell'art. 5 (1). Crediamo inutile riprodurle.

Vi ha una lieve difficoltà per quanto riguarda le procure. L'art. 5 non riproduce la disposizione dell'art. 2, secondo la quale le procure relative ai diritti reali immobiliari devono essere date nella forma autentica, e siccome in materia di pubblicità tutto è di stretta interpretazione, si potrebbe indurre dal silenzio della legge che le procure rimangono sotto l'impero del diritto comune dell'art. 1985, secondo il quale il mandato può essere conferito con atto privato. Sarebbe un pessimo ragionamento. Quando la legge esige l'autenticità per una convenzione, la esige, per ciò stesso, riguardo a tutti gli elementi essenziali della convenzione medesima. Ora, vi ha un elemento più essenziale del consenso dato mediante procura? È inutile insistere. Rimandiamo alla testimonianza di Merlin che abbiamo riprodotto più sopra (n. 130) (2).

N. 3. — **Conseguenza della mancanza di pubblicità.**

244. A termini dell'art. 5, la cessione non resa pubblica non può essere opposta ai terzi. È questa la riproduzione del principio stabilito dall'art. 1.° della legge ipotecaria. Bisogna dunque applicare all'art. 5 quanto abbiamo detto dei *terzi* in materia di trascrizione.

Vi ha però una differenza di redazione. L'art. 1.° aggiunge una condizione perchè i terzi possano invocare la mancanza di trascrizione; bisogna ch'essi abbiano contrattato *senza frode*. Questa condizione non è espressa nell'art. 5. Si deve conchiuderne che i terzi che hanno trattato col cedente, il quale conosceva la cessione, sebbene non trascritta, potranno tuttavia opporre la mancanza di pubblicità legale? Abbiamo esaminata l'identica questione sull'art. 4 (n. 234) e la soluzione dev'essere la stessa. Secondo lo spirito della legge, il terzo che contratta conoscendo l'atto non reso pubblico commette una frode, e quindi si può respingerlo coll'eccezione di dolo Ciò non ne sembra

---

(1) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 118).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 197, n. 181. CASIER, *Studii*, p. 87, n. 89. In senso contrario, CLOES, *Commentario*, t. I, p. 110, n. 208.

nemmeno dubbio per quanto riguarda la cessione d'un credito privilegiato o ipotecario. È questo un atto identico agli atti traslativi di proprietà immobiliare di cui parla l'art. 1.° Come potrebbero esservi per due casi identici decisioni diverse? Io acquisto un immobile, una servitù. So che il mio venditore non è più proprietario. La legge decide che io ho contrattato con frode. Acquisto un credito ipotecario, e quindi indirettamente un diritto reale immobiliare, sapendo che il cedente ha già venduto il credito, e la legge deciderebbe che io ho contrattato in buona fede! È impossibile che il legislatore dica nell'art. 5 il contrario di quello che ha stabilito nell'art. 1.°

Si obbietta che in tal modo s'introduce nella legge una distinzione che non vi è. E quante volte non abbiamo noi osservato che l'interprete non può distinguere quando la legge non distingue? No, noi non distinguiamo, applichiamo il principio di cui l'art. 1.° consacra un'applicazione ad un caso identico, ciò che l'interpetre ha il diritto e l'obbligo di fare. Se, come si pretende, si trattasse di un'eccezione, la soluzione, senza dubbio, dovrebbe essere diversa. Abbiamo già risposto a questa nuova obbiezione. L'interprete è libero di considerare la disposizione dell'art. 1. come una deroga ai veri principii. Si tratta, nella nostra questione, di sapere se il legislatore ha fatto della *frode* un'eccezione, e porre la questione è certamente risolverla.

Si invoca anche il codice civile contro l'interpretazione che noi diamo alla legge ipotecaria. Il creditore che stipula un'ipoteca, sapendo che vi ha un'ipoteca anteriore non inscritta, può tuttavia invocare la mancanza di trascrizione. Ritorneremo su questa quistione al capo delle *Ipoteche*. Supponiamo che si debba deciderla in favore del creditore in forza del codice civile: ciò non proverebbe che il legislatore belga abbia inteso dire, nell'art. 5, il contrario di quello che ha sancito nell'art. 1.° Ai suoi occhi, la conoscenza che il terzo ha dell'atto non reso pubblico costituisce una frode, e genera l'eccezione di dolo. Ecco il principio della legge ipotecaria. E' alla stregua di questo principio che bisogna interpretarla, e non secondo il principio contrario del codice civile.

245. L'applicazione dell'art. 5 solleva grandi difficoltà dipendenti dalla combinazione di questa disposizione con quella dell'art. 1690. Bisogna vedere innanzi tutto se il cessionario deve adempiere contemporaneamente la formalità della notifica o dell'accettazione prescritta dal codice civile e la formalità dell'inscrizione richiesta dalla legge ipotecaria. In altri termini, la nuova legge deroga alla legge antica?

Lelièvre, nella sua relazione, risponde: « S'intende bene che l'art. 5 non deroga *in alcun modo* all'art. 1690 ed alla notifica che questa disposizione prescrive per il sequestro a riguardo dei terzi. La nuova formalità lascia sussistere *integralmente* quella di cui abbiamo parlato ». D'Anethan osserva, nella sua relazione al senato: « Quanto all'art. 1690, la commissione divide

l'opinione ammessa nella relazione fatta alla camera dei rappresentanti, che non è derogato a questo articolo » (1). Gli autori (2) e la Corte di Gand (3) si sono pronunciati nello stesso senso, invocando il parere che abbiamo trascritto delle due commissioni.

Questa opinione non è troppo assoluta? Constatiamo innanzi tutto che si tratta solo di un'autorità dottrinale, grandissima senza dubbio per la parte che i relatori delle due camere hanno preso ai lavori preparatorii, ma sempre di un'autorità razionale che è permesso discutere.

In massima, i due relatori hanno ragione. Il legislatore belga ha sostituito il titolo delle *Ipoteche* con una nuova legge, ma non ha inteso derogare al codice civile nelle altre materie. Tuttavia ciò non è vero in modo assoluto come abbiamo osservato iniziando il commento della nuova legge (nn. 2 e 32). Vi hanno disposizioni della legge ipotecaria che derogano al codice Napoleone. L'abrogazione è tacita. Ne abbiamo da.o un notevole esempio trattando della trascrizione delle donazioni (nn. 44-47). La questione è dunque questa. L'art. 5 ha derogato tacitamente all'art. 1690? Vi ha abrogazione tacita d'una legge antica mediante una nuova legge quando vi è incompatibilità fra le due leggi, vale a dire quando non possono essere eseguite simultaneamente. Ora, si dice, nulla impedisce al cessionario di adempiere ad un tempo alla formalità dell'art. 5 della legge ipotecaria ed a quella dell'art. 1690 del codice civile. Senza dubbio il cessionario può notificare il suo atto al debitore, e farlo inscrivere dal conservatore delle ipoteche. L'una di queste formalità non esclude l'altra. Materialmente parlando, è cosa evidente poichè le due formalità sono diverse. Ma può esservi incompatibilità giuridica, nel senso che il legislatore cambi sistema e sostituisca ad una formalità riconosciuta insufficiente una nuova formalità più efficace. In questo caso, vi è una ragione di diritto la quale si oppone a che si adempia sotto l'impero della nuova legge, nello stesso tempo alla formalità insufficiente ed alla formalità più efficace che la sostituisce. Questa incompatibilità logica è altrettanto radicale quanto una incompatibilità materiale. Infatti, per giudicare se due disposizioni di diversa data sono incompatibili, bisogna supporre che la prima sia riprodotta nella seconda, e vedere poi se possano simultaneamente ricevere esecuzione. Ora, si concepisce che il legislatore dica: « Il codice civile prescrive nell'interesse dei terzi una formalità insufficiente, quindi inutile; io la sostituisco con una

---

(1) LELIÈVRE, *Relazione* (PARENT, p. 384); d'ANETHAN, *Relazione* (PARENT, pagina 401).

(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 196. n. 179; CLOES, *Commentario*, t. I, p. 115, nn. 219 e 220.

(3) Gand, 27 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 311).

formalità più efficace la quale darà ai terzi la garanzia che non attribuisce loro il codice, ma voglio che l'antica formalità, quantunque insufficiente, inutile, frustratoria, sia adempita in concorrenza con quella che stabilisco? ». Un simile linguaggio non avrebbe senso. Concludiamo che se il legislatore organizza un nuovo sistema di pubblicità nell'interesse dei terzi, le disposizioni che la legge antica conteneva in questo stesso interesse rimangono abrogate dalla nuova legge, in quanto sono insufficienti e inutili, e che non si deve mantenere la legge antica se non in quanto essa ha ancora una ragione di essere nei limiti entro i quali può essere utile. La questione che abbiamo posto non può dunque essere risolta in termini così assoluti come hanno fatto i relatori delle due camere. Bisogna vedere nell'interesse di chi la legge antica e la nuova hanno stabilito le formalità che mirano tutte a garantire l'interesse dei terzi. Manterremo la formalità della notificazione nel caso in cui, malgrado la nuova formalità dell'inscrizione, abbia la sua ragione d'essere; diremo che è soppressa quando, in presenza dell'inscrizione, non ha più motivo d'esistere.

246. Ricordiamo, innanzi tutto, quanto abbiamo già detto, che la legge ipotecaria non prescrive la pubblicità se non per la cessione dei crediti privilegiati e ipotecarii. Dunque il codice civile regola esclusivamente la cessione dei crediti che non sono garantiti nè da un'ipoteca nè da un privilegio. E quando parliamo di privilegi, s'intende che si tratta di privilegi immobiliari perchè la legge ipotecaria non si occupa di diritti mobiliari, fuorchè per eccezione. Così l'art. 1.° ordina la pubblicità delle locazioni, benchè la locazione non dia al conduttore che un diritto di credito, ossia un diritto mobiliare. Ma l'art. 5, equiparando i crediti privilegiati ai crediti ipotecarii, indica sufficientemente che si tratta di crediti garantiti da un diritto reale immobiliare. Ne consegue che il maggior numero dei crediti rimane ancora sotto l'impero del codice civile. In questo senso è vero il dire, colle commissioni delle camere, che la nuova legge non deroga all'art. 1690.

247. I relatori intendevano senza dubbio di affermare che l'art. 1690 restava applicabile anche alla cessione di crediti privilegiati e ipotecarii. Questo pure è vero in un certo senso, ma, a nostro avviso, non in modo assoluto. Ecco la difficoltà. L'art. 1690 dice che il cessionario *non ha diritto*, a riguardo dei *terzi*, che dopo fatta la denunzia al debitore della seguita cessione. E l'art. 5 dispone che la cessione d'un credito privilegiato o ipotecario non può essere *opposta* ai *terzi* se non fu resa pubblica. Le due disposizioni hanno per oggetto di garantire gli interessi dei *terzi*. Quali sono questi *terzi?* Deve il cessionario adempiere ad un tempo alle formalità degli articoli 1690 e 5 perchè abbia diritto a riguardo di *tutti i terzi* e perchè possa opporre loro la sua cessione?

L'affermativa non è dubbia per quanto riguarda il debitore

del credito ceduto. Non basta che il cessionario inscriva la cessione per aver diritto in di lui confronto, ma bisogna che gliela notifichi. Ciò risulta dallo scopo che il legislatore ha avuto di mira ordinando la notifica della cessione. Quando un credito vien ceduto, il debitore cambia di creditore: egli non può più pagare al cedente, ma deve pagare al cessionario. Bisogna dunque che sia avvertito di questo cambiamento, e deve esserlo mediante un atto diretto e autentico affinchè non possa pretestare la propria ignoranza. Ecco perchè la legge vuole che la cessione gli venga notificata. Una legge posteriore assoggetta la cessione alla pubblicità, esigendo l'inscrizione sui registri del conservatore. Questa formalità tien luogo della notifica per quanto riguarda il debitore? No, certamente, poichè l'inscrizione non avverte il debitore ch'egli ha cambiato di creditore. Non si può esigere da lui che, ogni qual volta deve fare un pagamento, si rechi all'ufficio delle ipoteche per informarsi se vi si trova inscritta una cessione. In altri termini, la formalità della notificazione è la più efficace per quanto riguarda il debitore. Se non vi fossero altri terzi che lui, il legislatore non avrebbe mai pensato ad ordinare l'inscrizione delle cessioni di crediti, essendo sufficiente la notificazione. Anzi questa formalità è più efficace che quella dell'inscrizione per quanto riguarda il debitore. Ciò è decisivo. Non si può dire che una formalità efficace prescritta da una legge antica sia sostituita da una formalità meno efficace prescritta da una nuova legge. Ciò non avrebbe senso.

La nostra conclusione è che il cessionario deve notificare la cessione al debitore. S'egli si limitasse ad inscrivere la cessione non avrebbe alcun diritto a riguardo del debitore. Questi potrebbe e dovrebbe pagare al cedente. Bisogna aggiungere che, se la cessione fosse notificata al debitore, questi sarebbe tenuto a pagare nelle mani del cessionario, senza poter esigere che la cessione fosse inoltre inscritta. Quando non esistono altri terzi interessati non vi ha dubbio. A quale scopo inscrivere la cessione quando basta la notifica? La questione si complica quando vi è in causa un altro terzo. Ritorneremo sul tema. Finchè il debitore è di fronte soltanto al cessionario non può invocare l'art. 5, poichè non è per lui che la formalità dell'inscrizione fu richiesta dalla nuova legge. I relatori delle due camere e gli autori dicono che la pubblicità ha per oggetto di prevenire la frode. Ora non vi ha alcuna frode da temere pel debitore. Finchè non gli sia intimata una notifica egli ha il diritto e l'obbligo di pagare nelle mani del cedente, e quando gli è fatta la notifica della cessione deve pagare al cessionario. La formalità dell'art. 1690 garantisce dunque pienamente i suoi interessi.

248. Sono terzi anche coloro ai quali il creditore avesse ceduto il credito dopo averlo venduto ad un primo cessionario. In questo caso, vi ha frode a riguardo del secondo o susseguente cessionario. Per prevenire questa frode appunto la legge ha prescritto la pubblicità della cessione. Se il primo cessionario

inscrive la cessione, la frode diviene impossibile, perchè i terzi che vogliono comperare un credito non mancheranno d'informarsi, all'ufficio delle ipoteche, se vi sia inscritta una cessione. Se il primo cessionario non inscrive, potrà essere vittima della frode nel caso in cui il creditore cedesse il credito ad un secondo cessionario il quale facesse l'inscrizione della cessione; ma il primo cessionario avrebbe da rimproverarsi una negligenza, e gli si risponderebbe: *Jura vigilantibus scripta.*

Supponiamo che un medesimo credito sia ceduto a due cessionarii. Quale dei due sarà proprietario del credito e a chi il debitore dovrà pagare? Qui vi ha conflitto di diversi interessi. I due cessionarii, il debitore e il creditore, sono in causa. A riguardo del creditore, la questione è semplicissima. Egli cessa d'essere proprietario del credito dal momento che ne ha fatto la cessione. Vendendo lo stesso credito ad un secondo cessionario, egli aliena un credito che non gli appartiene più. Ciò suppone che il primo cessionario abbia inscritta la cessione. In questo caso, il cedente sarà garante verso il secondo cessionario. Se il primo cessionario non ha inscritto la cessione, non può opporla al secondo, giusta l'art. 5. Il cedente resta dunque proprietario del credito a riguardo dei terzi. Pertanto egli trasferisce la proprietà del credito al secondo cessionario, e sarà garante verso il primo, nel senso che risponde dei danni ed interessi risultanti dal suo dolo. Se nessuno dei due cessionarii avesse inscritto, il creditore sarebbe sempre proprietario del credito a riguardo dei terzi. Ma fra questi terzi bisognerà comprendere il debitore? Abbiamo detto (n. 247) che i rapporti del cessionario col debitore restano soggetti alla regola stabilita dal codice civile. Accade lo stesso dei rapporti del creditore col debitore. Finchè nessuna notificazione è stata fatta al debitore questi può e deve pagare al cedente, quand'anche fosse inscritta una cessione. Il cedente ha dunque azione contro il debitore, malgrado l'inscrizione, finchè nessuno dei cessionarii abbia notificato la sua cessione.

249. Il conflitto dei cessionarii col debitore è più difficile a regolarsi. Un primo punto è certo, giusta quanto abbiamo detto, cioè che il cessionario, per aver diritto a riguardo del debitore, deve notificargli la sua cessione, e deve farla inscrivere per poterla opporre ai terzi cessionarii. Egli deve adunque adempiere ad un tempo alla formalità dell'art. 1690 e a quella dell'articolo 5. Anche su questo punto i relatori delle due camere hanno ragione. La nuova legge non abroga il codice civile. Ma l'applicazione del principio non è senza difficoltà.

Il cessionario ha diritto riguardo al debitore non coll'inscrizione, ma colla notificazione. Se dunque il primo cessionario avesse inscritto la cessione senza notificarla, e il secondo l'avesse notificata senza inscriverla, questi sarebbe impossessato del credito a riguardo del debitore. Il debitore dovrebbe pagare nelle mani del secondo cessionario, poichè egli ignora legalmente l'esistenza

della prima cessione, quantunque sia stata inscritta. Il pagamento libererebbe il debitore, salvo il regresso del primo cessionario, che, avendo inscritto la sua cessione, è proprietario del credito, non solo a riguardo del cedente, ma anche rispetto al secondo cessionario. Egli ha un regresso contro il cedente, colpevole di dolo e responsabile delle conseguenze della frode. Ha egli un regresso anche contro il secondo cessionario che ha riscosso l'importo del credito? Sì, perchè, a riguardo del secondo cessionario, è il primo che è proprietario del credito. Il secondo ha dunque ricevuto l'importo d'un credito che apparteneva al primo e glie ne deve dar conto. Invano il secondo cessionario direbbe che, essendo investito a riguardo del debitore pel fatto della notificazione, lo è pure necessariamente rispetto ai terzi (articolo 1690), e, per conseguenza, ad un primo cessionario che non ha inscritto. Questo era vero sotto l'impero del codice civile, ma non è più vero sotto l'impero della legge ipotecaria. Le due leggi devono ricevere simultaneamente la loro applicazione. A riguardo del debitore, il secondo cessionario è investito per virtù della notifica; il che vuol dire che il debitore s'è liberato pagando nelle sue mani; ma il secondo cessionario non ha diritto a riguardo d'un terzo cessionario del credito, pel solo effetto della notificazione. Per essere proprietario del credito egli deve far iscrivere la sua cessione. Ora, è il primo cessionario che ha inscritto, ed è quindi il primo che è proprietario a riguardo del secondo.

250. Abbiamo supposto che uno dei cessionarii avesse notificato e l'altro avesse inscritto. Se entrambi hanno inscritto, il primo inscritto sarà proprietario. Quanto ai loro rapporti col debitore, essi sono regolati, in massima, dalla notificazione. Se uno di essi soltanto ha notificato e il debitore ha pagato, si rientra nell'ipotesi che abbiamo esaminata. Che dovrà dirsi se i due cessionarii hanno notificato la loro cessione in date diverse? A quale dei due il debitore dovrà pagare? Non si può più rispondere a colui che ha notificato pel primo. Questo è vero quando il debitore ignora la seconda cessione, ma, nella specie, la duplice notificazione gli ha appreso che vi sono due cessioni, benchè non vi sia che un solo proprietario, ed è al proprietario del credito che il pagamento dev'esser fatto. Bisogna conchiuderne che l'inscrizione prevarrà alla notificazione, vale a dire che, nel conflitto delle due cessioni, il debitore dovrà pagare a quello dei cessionarii che proverà la sua proprietà. Ora, la proprietà si prova coll'inscrizione. Gli è appunto per assicurare la proprietà che la legge ipotecaria ha introdotto la pubblicità. Essa deve dunque giovare a colui che pel primo ha adempito la formalità prescritta per divenire proprietario a riguardo dei terzi.

Può sorgere un altro conflitto fra i due cessionarii. Essi hanno preso inscrizione nel medesimo giorno. Quale dei due sarà proprietario? La questione sta nel sapere se si debba applicare l'art. 123. Ci pare che l'affermativa risulti dal testo e dallo spirito della

legge. Il testo dispone: « Se sono stati presentati lo stesso giorno al conservatore delle ipoteche più titoli *soggetti alla pubblicità*, la preferenza è determinata dal numero d'ordine sotto il quale sarà stata menzionata la consegna dei titoli nel registro all'uopo destinato, senza pregiudizio però di quanto è prescritto all'art. 81 ». Così la legge stabilisce una regola od un'eccezione. La regola si applica a tutti i *titoli soggetti alla pubblicità*, quindi anche all'atto di cessione, che, secondo l'art. 5, deve essere reso pubblico. Quanto all'eccezione, essa non cade che sulle *inscrizioni ipotecarie*, ed è estranea all'art. 5. La pubblicità stabilita da questo articolo, non essendo compresa nell'eccezione, rientra per ciò stesso nella regola. Tale è anche lo spirito della legge. Che cosa si è detto per giustificare la disposizione dell'art. 123? Che due acquirenti non possono essere proprietarii della stessa cosa per la totalità. Il motivo si applica tanto alla proprietà d'un credito quanto alla proprietà d'un immobile (1).

251. Veniamo così alla conclusione che, nel caso d'una cessione fatta a più cessionarii, gli articoli 1690 del codice civile e 5 della legge ipotecaria sono entrambi applicabili, ma distinguendo i rapporti dei cessionarii fra loro e i loro rapporti col debitore. Se si tratta, fra i cessionarii, del punto di sapere quale di loro sia proprietario del credito, è l'art. 5 che decide la questione. Se si tratta di sapere a chi il debitore può e deve pagare, bisogna applicare l'art. 1690. Si dirà che in tal modo si scindono arbitrariamente le due leggi; che bisogna applicarle entrambe o non applicare che l'ultima? L'obbiezione non tiene alcun conto della natura e degli effetti dell'abrogazione tacita. Quando due leggi hanno un solo e medesimo oggetto, e l'ultima non abroga espressamente la prima, entrambe restano applicabili in quanto l'applicazione simultanea è possibile. La derogazione può dunque essere parziale. Ora, è precisamente questa deroga che risulta dalle diverse formalità stabilite dal legislatore nell'interesse dei terzi, anzitutto col codice civile, poi colla legge ipotecaria. La notificazione che dà diritto al cessionario verso i terzi, secondo l'art. 1690, avverte direttamente e autenticamente il debitore. A suo riguardo, l'inscrizione non ha ragion d'essere e quindi non si deve tenerne alcun conto quando si tratta della validità del pagamento fatto dal debitore. Questi si libera validamente nelle mani di colui che gli notifica la sua cessione, ossia l'atto col quale egli è divenuto proprietario del credito. Accade ben altrimenti dell'inscrizione della cessione sui registri del conservatore delle ipoteche. Essa è un'innovazione introdotta dalla legge ipotecaria. Quale ne è lo scopo? I relatori delle due camere rispondono che la pubblicità della cessione ha per oggetto di prevenire la frode in danno

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 209, n. 194.

dei terzi. Ciò non riguarda che i cessionarii. È dunque fra i cessionarii che l'inscrizione della cessione o la mancanza della medesima devono produrre il loro effetto. Per conseguenza, è l'art. 5 che decide quale dei cessionarii sia proprietario del credito. L'art. 1690 è estraneo alla quistione. Sotto l'impero del codice civile, è vero, quello dei cessionari che aveva notificato la cessione al debitore aveva diritto verso un secondo cessionario, ma, non essendo la notificazione un atto pubblico, la cessione rimaneva clandestina, e questa clandestinità si prestava alla frode. Ecco perchè la legge ipotecaria ha prescritto la pubblicità della cessione. L'inscrizione ha per oggetto di tutelare l'interesse dei cessionarii, che la clandestinità comprometteva. Ne consegue che l'art. 1690 non può più essere invocato per definire la questione di proprietà. Sarebbe sovranamente assurdo il dire che la notificazione è necessaria perchè un cessionario sia proprietario a riguardo dell'altro, quando questa notificazione è stata considerata, dal nuovo legislatore, come una formalità inefficace, che dico? compromettente per la sua clandestinità. Si comprenderebbe un legislatore il quale dicesse: « Il codice Napoleone dà diritto ai cessionarii verso i terzi mercè la notificazione. Questa formalità non avverte i terzi cessionarii dell'esistenza della cessione, e quindi compromette i loro interessi. Ecco perchè voglio che la cessione sia inscritta. Tuttavia intendo che i cessionarii facciano, oltre l'inscrizione, la notificazione, vale a dire che compiano ad un tempo una formalità utile ed una formalità inutile, una formalità efficace ed una formalità inefficace, una formalità che garantisce gli interessi dei terzi ed una formalità che non li garantisce ». Un simile linguaggio sarebbe l'ideale dell'assurdo, se vi fosse un ideale in fatto d'assurdità.

252. La nostra interpretazione non è quella degli autori che hanno commentato la legge ipotecaria. Martou pone il principio che la cessione non è efficace, a riguardo dei terzi, che coll'adempimento delle due formalità prescritte dal codice civile e dalla legge ipotecaria, e ne conchiude che quello dei due cessionarii che le avrà adempite tutte e due, otterrà la preferenza, ossia sarà proprietario del credito a riguardo dei terzi, senza che si debba prendere in considerazione quale delle due formalità sia stata osservata per la prima. Si dà questo esempio. Io cedo oggi un credito a Pietro, il quale notifica la cessione al debitore. Domani cedo lo stesso credito a Paolo, che fa inscrivere la cessione. Posteriormente anche Pietro, primo cessionario, chiede l'inscrizione della sua cessione. È Pietro che sarà proprietario del credito a riguardo di tutti, anche di Paolo, sebbene questi abbia fatto inscrivere per il primo la cessione (1).

(1) MARTOU, *Commentario della legge del 1851*, p. 208, n. 193.

Noi non ammettiamo nè il principio nè la conseguenza che ne deriva. Volendo che il cessionario, per aver diritto verso un secondo cessionario, debba non solo prendere iscrizione, ma anche notificare la cessione, si fa dire precisamente al legislatore l'assurdità che abbiamo segnalato. Invano s'invoca l'autorità delle due commissioni. Tutto ciò che dicono i relatori si è che l'art. 1690 del codice civile non fu abrogato dall'art. 5 della legge ipotecaria. È vero che noi l'ammettiamo nei limiti dell'abrogazione tacita. La notificazione prescritta dall'art. 1690 deve esser fatta perchè il cessionario abbia diritto a riguardo del debitore. In questo senso, la nuova legge mantiene il codice civile. Inoltre il cessionario deve far inscrivere la cessione perchè possa opporla ad un secondo cessionario. In questo senso le due leggi si applicano simultaneamente. Ma quando il conflitto sorge fra due cessionarii, sul punto di sapere quale di essi sia proprietario del credito, noi diciamo che è esclusivamente la nuova legge che dovrà decidere il litigio; di modo che, nell'esempio che abbiamo tolto agli interpreti, è Paolo, il secondo cessionario, che sarà proprietario a riguardo del primo, perchè egli ha inscritto anteriormente a lui, benchè non abbia notificato la cessione, mentre il primo ha fatto la notificazione. La nostra interpretazione mantiene le due leggi, e le applica entrambe, ma nei rapporti pei quali questa applicazione è utile ed efficace ed ha, per conseguenza, una ragione d'essere. Se il debitore paga a Pietro, primo cessionario, che ha notificato la sua cessione, il pagamento sarà valido; il debitore è liberato. Ecco risolta la questione per quanto riguarda il debitore. Relativamente al conflitto fra i due cessionarii, esso è deciso dall'art. 5. Questa disposizione ha per oggetto di tutelare l'interesse dei terzi che l'art. 1690 comprometteva. Dunque il cessionario che pel primo ha fatto inscrivere la cessione deve avere la preferenza in confronto di un altro cessionario, altrimenti è ingannato. Fidando nella pubblicità prescritta dalla nuova legge, egli ha dovuto ritenersi proprietario del credito. È certo che, fino al momento dell'inscrizione, il creditore resta proprietario a riguardo dei terzi, e quindi, cedendo di nuovo il credito prima che sia fatta l'inscrizione della prima cessione, egli cede un credito che gli appartiene ancora riguardo ai terzi. Pertanto, la seconda cessione è valida a riguardo del primo cessionario, e il secondo deve avere il diritto d'invocare la mancanza di pubblicità della prima cessione, poichè è nel suo interesse che la pubblicità fu stabilita. Gli si obbietterà ch'egli non ha notificato il suo credito, mentre il primo cessionario ha fatto la notificazione? Egli risponderà, e la risposta ci pare decisiva: « Non si tratta di sapere se il debitore può e deve pagare il cessionario che gli ha notificato la cessione. Convengo che, non avendo fatto la notifica, io non posso costringerlo a pagare nelle mie mani, quando gli è stata notificata una prima cessione. Io non impugno il pagamento ch'egli ha fatto; il debi-

tore è fuori di causa. Ma sostengo che, avendo io inscritto pel primo, sono divenuto proprietario del credito a riguardo del cessionario che non aveva inscritto la sua cessione. Costui, legalmente avvertito della cessione da questa pubblicità, non poteva più inscrivere la sua cessione, a pregiudizio del diritto da me acquisito. Se lo potesse io sarei ingannato dalla clandestinità della notificazione ch'egli ha fatto, e si concepisce che, sotto l'impero d'una legge che proclama la pubblicità come una salvaguardia dei terzi, io sia indotto in errore dalla clandestinità d'un atto prescritto dal codice civile? Sarebbe imputare al legislatore una inconseguenza che non si deve nemmeno supporre, perchè non si può ammettere che la clandestinità del codice civile nuoca ai terzi sotto l'impero d'una legge di pubblicità che ha corretto i vizii del codice civile. Che importa dunque che il primo cessionario abbia notificato la cessione? La nuova legge l'avvertiva che doveva rendere pubblica la sua cessione per poterla opporre ai terzi. Non l'ha fatto, e quindi non può invocare la sua negligenza contro di me, cessionario susseguente, è vero, ma cessionario che ho inscritto in un momento in cui i registri del conservatore mi apprendevano che non vi era inscritta alcuna cessione. Dunque io ho dovuto trattare in piena fiducia col creditore, e un primo cessionario, sconosciuto al momento dell'inscrizione della mia cessione, non può oppormi la sua cessione, quantunque notificata, perchè io non aveva alcun mezzo di conoscere questa notificazione ».

253. Si presenta un'altra difficoltà in questa grave materia. Il cessionario d'un credito ipotecario fa inscrivere la cessione senza notificarla. Posteriormente all'inscrizione, i creditori del cedente sequestrano il credito. Può il cessionario fare opposizione al sequestro, dicendo che il credito non è più nel patrimonio del debitore al quale apparteneva, e che, pertanto, i suoi creditori non possono più sequestrarlo? Ovvero i creditori possono respingere il cessionario dicendo che a loro riguardo la cessione non ha effetto, poichè il cessionario non ha adempito la formalità della notificazione? Quanto abbiamo detto testè (n. 251) pregiudica già, secondo il nostro avviso, la soluzione della questione. I creditori del cedente non possono sequestrare il credito ch'egli ha ceduto se non quando, al momento del sequestro, esso è ancora nel suo patrimonio. Ora, colla cessione, esso è uscito dal suo patrimonio per entrare in quello del cessionario. Questi è divenuto proprietario del credito a riguardo dei terzi, indipendentemente da ogni notifica della cessione al debitore, e quindi il sequestro praticato dai creditori del cedente è inefficace, essi sequestrano un credito che non appartiene più al loro debitore. Il diritto di pegno, in forza del quale essi agiscono, è estinto per la cessione che il debitore ha fatto, a condizione che questa cessione sia loro opponibile. Ora, l'art. 5 della legge ipotecaria dice che la cessione inscritta può esser loro opposta.

Si obbietterà che a riguardo del debitore il cessionario non

ha diritto perchè non ha notificato la cessione? Rispondiamo che non si tratta dei rapporti del creditore col debitore, ma d'un conflitto fra il cessionario e il creditore sequestrante. Il creditore che sequestra il credito ceduto pretende che questo credito è ancora nel dominio del suo debitore, che l'ha ceduto, mentre il cessionario sostiene che il credito ceduto non è più nel dominio del debitore. È la notificazione o l'inscrizione che decide se il cedente ha cessato d'essere proprietario e se il cessionario lo è divenuto a riguardo dei terzi? La notificazione non ha che un solo effetto, che il debitore può e deve pagare nelle mani del cessionario che gli ha notificato la cessione. È l'inscrizione che trasferisce la proprietà a riguardo dei terzi (n. 251). Dunque il cessionario che ha inscritto è proprietario a riguardo dei creditori del cedente, e conseguentemente questi non possono più sequestrare, nelle mani del cedente un credito che, a loro riguardo, non è più nel suo patrimonio. Il sequestro essendo nullo, il debitore dovrà pagare al cessionario quando questi avrà giustificato la sua proprietà, producendo l'atto di cessione.

Qui torna da capo l'obbiezione attinta nelle relazioni delle due commissioni. Abbiamo già risposto per quanto riguarda il principio. Dobbiamo completare la risposta applicando il nostro principio alla specie. Le relazioni dicono che la legge ipotecaria non deroga all'art. 1690. Ciò significa forse che il cessionario, per aver diritto a riguardo dei creditori del cedente, deve far inscrivere la cessione e, inoltre, notificarla al debitore? La Corte di Gand ha giudicato così (1), appoggiandosi sui termini assoluti della relazione di Lelièvre. Constatiamo innanzi tutto che si tratta dei rapporti del cessionario coi creditori del cedente. Ora, nei lavori preparatorii non è stata detta una parola dei creditori chirografarii; donde il dubbio sul punto di sapere se questi creditori possano invocare la mancanza di pubblicità. Nella specie, la cessione è stata resa pubblica: essa può dunque essere opposta ai terzi, e quindi ai creditori. È la disposizione dell'art. 5. Si domanda se, oltre l'inscrizione, occorre una notificazione. Sotto l'impero del codice civile, una notificazione era necessaria perchè il cessionario avesse diritto a riguardo dei creditori del cedente. Questa notificazione accordava loro una garanzia qualunque? No, su questo punto sono tutti d'accordo. La notificazione restava segreta, e per conseguenza non avvertiva i creditori che il credito era ceduto e che non era più nel patrimonio del cedente. Sussistendo l'inscrizione ipotecaria a favore del cedente, essi devono credere che il credito non avesse cambiato di proprietario. Quando sequestravano il credito bastava provare che la cessione era stata notificata al debitore per far cadere il sequestro. In sostanza, la notificazione era una formalità inutile,

(1) Gand, 27 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 311).

inefficace a riguardo dei creditori del cedente. La sola garanzia che essi possono avere è che la cessione sia resa pubblica. Questa garanzia è data loro dalla nuova legge. Così vien riconosciuto che la formalità prescritta dal codice civile era inefficace, e quindi inutile a riguardo dei creditori del cedente, mentre la formalità stabilita dalla legge ipotecaria offre loro la sola garanzia che i creditori chirografarii possono avere, la garanzia che risulta dalla pubblicità. Eccoci dunque di nuovo in presenza di due leggi, delle quali l'ultima supplisce all'insufficienza della prima. Non è questa una ragione determinante per decidere che la legge antica è abrogata dalla nuova? Ma come? L'art. 1690 prescrive la notificazione nell'interesse dei terzi, e si trova che questa formalità è affatto insufficiente per tutelare i loro interessi. Il legislatore stabilisce una nuova formalità la quale offre la garanzia che il codice civile non dava loro, eppure il nuovo legislatore direbbe che oltre alla formalità efficace, i cessionari devono compiere anche la formalità inefficace, formalità che non ha più alcuna ragione d'essere sotto la nuova legge! Si fa dire al legislatore una assurdità. Se il legislatore avesse consacrato questa assurdità, l'interprete dovrebbe rispettare la legge, quantunque assurda, ma è più che probabile che i relatori delle due camere, dicendo che l'art. 1690 era mantenuto, non abbiano pensato ai creditori chirografarii, di cui non si era parlato. Le loro parole non hanno dunque il senso assoluto che sembrano avere. In ogni caso, bisogna interpretare le relazioni in modo da non far dire alla legge una cosa assurda, considerando come obbligatoria una formalità che, sotto l'impero d'una legge di pubblicità, non ha più alcuna ragione di essere.

N. 4. — Dell'azione per dichiarazione di credito.

254. La legge belga non assoggetta alla pubblicità la liberazione del debitore che ha pagato un credito ipotecario. Eppure i terzi hanno interesse a sapere che i debiti garantiti da un'ipoteca sono estinti, perchè nell'ignoranza in cui sono che il debitore è liberato, possono credere che il creditore esista ancora e devono crederlo poichè l'inscrizione ipotecaria sussiste, non domandando i debitori la radiazione per le spese ch'essa importa. La liberazione del debitore non essendo resa pubblica i terzi tratteranno col creditore di mala fede, che dopo aver ricevuto il suo pagamento cede il credito estinto. Così la clandestinità della liberazione induce i terzi in errore ed è loro dannosa. Perchè dunque il legislatore belga non ha ordinato di renderla pubblica? La commissione speciale ne dice la ragione. Perchè la necessità d'inscrivere la liberazione per poterla poporre ai terzi sarebbe stata un grave pericolo pel debitore, e prima di pensare agl'interessi dei terzi il legislatore doveva tutelare

i diritti del debitore. Ora, se per essere liberato a riguardo dei terzi, egli avesse dovuto rendere pubblica la sua liberazione, ecco che cosa avrebbe potuto succedere. Il creditore di mala fede avrebbe venduto il credito estinto prima che il debitore avesse potuto inscrivere la sua liberazione, e se il cessionario avesse inscritto la cessione, sarebbe stato proprietario a riguardo del debitore, e questi avrebbe dovuto pagare una seconda volta. Gli autori della nuova legge hanno indietreggiato davanti al pericolo che minacciava il debitore, come hanno indietreggiato davanti al pericolo che avrebbe corso il legatario se si fosse prescritta la pubblicità degli atti di ultima volontà. Ma, vegliando cogli interessi del debitore, la legge non doveva dimenticare quelli dei terzi, ch'essa ha per scopo di garantire. Tale è l'oggetto dell'art. 6, che dà ai cessionarii l'azione per dichiarazione di credito contro il debitore. Questa azione tende a constatare che il credito esiste o che è estinto. Il cessionario, dilazionando il pagamento, saprà come comportarsi, e non si troverà nel caso di pagare il prezzo d'un credito che non esiste più (1).

255. L'art. 6 della legge ipotecaria dispone: « Ogni persona contro la quale esiste un'iscrizione ipotecaria presa per garanzia d'un credito liquido e certo potrà, anche prima della scadenza del debito, essere citata dal cessionario del creditore ». Risulta dal testo che l'azione per dichiarazione di credito non spetta che al *cessionario*, vale a dire che non può essere proposta se non quando la cessione è compiuta. Siccome l'azione ha per oggetto di constatare l'esistenza del credito, si potrebbe credere che la legge avrebbe dovuto accordarla al terzo che si propone d'acquistare un credito, affinchè non acquisti un credito che non esiste. Ma il legislatore non può accordare un'azione a chi non ha interesse. Ora, la volontà d'acquistare non attribuisce alcun diritto al terzo. D'altra parte, la legge ha dovuto tener conto dei diritti del debitore. Questi non può essere tenuto a rispondere alla domanda d'un primo venuto che, senza diritto attuale, viene ad immischiarsi ne' suoi affari. Bisogna aggiungere che l'azione posteriore alla cessione basta per garantire gl'interessi del terzo che acquista il credito. Il cessionario può stipulare, infatti, che non pagherà il prezzo se non quando l'azione per dichiarazione di credito gli avrà data la certezza che il credito esiste (2).

256. L'art. 6 non parla che del *cessionario*. Si deve conchiuderne che il terzo surrogato non ha l'azione per dichiarazione di credito? No, l'art. 6 si riferisce all'articolo precedente di cui è una continuazione, e l'art. 5 si applica ad ogni cambiamento che si effettua nella proprietà d'un credito. Se l'art. 6 non ripete quello che l'art. 5 dice della surrogazione, è per non

(1) Relazione della commissione speciale (Parent, p. 14, 1.°).
(2) Martou, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 222, n. 212.

rendere confusa la redazione già un po' oscura. Era d'altronde inutile ripetere quello che la legge aveva appena detto (1).

257. Vi è anche un'altra differenza di redazione fra i due articoli. Il primo parla della cessione d'un credito *privilegiato* o *ipotecario* inscritto, mentre il secondo sembra applicarsi soltanto ai crediti *ipotecarii*, poichè non parla che delle persone contro le quali esiste un'iscrizione ipotecaria. A dire il vero, non vi è un'espressione speciale ai privilegi per indicare l'inscrizione. La legge tratta in un solo e medesimo capo del modo dell'*inscrizione* dei *privilegi* e delle *ipoteche*. Le formalità sono identiche. L'espressione *inscrizione ipotecaria* comprende dunque tanto l'inscrizione dei privilegi quanto quella delle ipoteche. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Chi acquista un credito privilegiato deve poter assicurarsi della sua esistenza al pari di chi acquista un credito ipotecario.

Si potrebbe dire che vi ha la stessa ragione per permettere a colui che acquista un credito non privilegiato nè ipotecario di assicurarsi che il credito esiste. È vero, ma la legge ipotecaria non si occupa dei crediti mobiliari puramente personali, ed il legislatore non ha voluto modificare il codice civile. Bisogna dunque stare ai principii generali di diritto, secondo i quali il cessionario non ha contro il debitore che un'azione pel pagamento del credito ceduto, salvo ad agire in garanzia contro il cedente se il credito ceduto era estinto.

258. La legge suppone che esista contro una persona un'iscrizione ipotecaria. È questa la base dell'azione che il cessionario può intentare. Se il cedente non ha preso inscrizione, ne risulterà che il cessionario non potrà proporre l'azione per dichiarazione di credito? Lo si è sostenuto, fondandosi sul testo dell'art. 6 (2). Noi crediamo che la legge supponga soltanto che esista un'inscrizione ipotecaria, ma non fa di questa inscrizione una condizione dell'azione. Una simile condizione non avrebbe ragione d'essere. Se io acquisto un credito privilegiato o ipotecario, è in forza del privilegio o dell'ipoteca che lo garantiscono. Ora, senza l'inscrizione, il privilegio e l'ipoteca sono inefficaci. Io ho dunque grande interesse ad assicurarmi se il privilegio e l'ipoteca sono inscritti. Di regola vi sarà inscrizione, e le leggi non prevedono che i casi ordinarii. Se non vi ha inscrizione, ho una ragione di più per assicurarmi dell'esistenza del credito e delle garanzie accessorie che ne assicurano il pagamento.

Dopo tutto, nulla m'impedisce di prendere inscrizione in mio nome: l'art. 5 me ne dà il diritto, e dal momento che il privilegio e l'ipoteca sono inscritti io mi trovo nei termini della legge, e, conseguentemente, posso agire per dichiarazione di credito.

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 223, n. 214.

(2) CASIER, *Studii*, n. 106. In senso contrario, CLOES, *Commentario*, t. I, p. 127, n. 241, e MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 224, n. 216.

259. La legge dice che il cessionario può agire per dichiarazione contro il debitore. Essa non esige formalmente che la cessione sia inscritta o notificata. Si deve indurre dal silenzio della legge che il cessionario può agire prima d'aver fatto inscrivere la cessione o d'averla notificata? Bisogna applicare il principio che risulta dall'art. 5. Una cessione non inscritta non esiste a riguardo dei terzi, e quindi il cessionario non può valersene per agire giudizialmente contro il debitore. Questi risponderebbe che non si può opporgli una cessione non inscritta. Si presenta un altro dubbio. Il cessionario ha diritto verso il debitore colla notifica della cessione. Si deve conchiuderne che basta la notifica e che il debitore non ha il diritto d'esigere l'inscrizione? Noi crediamo che la notifica dia diritto al cessionario verso il debitore, nel senso che questi può e deve pagare nelle mani del cessionario. Ma l'azione per dichiarazione di credito non tende al pagamento; essa ha per unico oggetto di assicurarsi che il credito ceduto esiste ancora. Ora, è come compratore che il cessionario ha interesse di sapere se il credito esiste o meno, affinchè sia sicuro d'essere proprietario prima di pagare il prezzo del credito. È dunque una questione di proprietà che forma l'oggetto del litigio, e quindi è applicabile l'art. 5. Si dirà che il debitore non è interessato ad esigere l'inscrizione una volta che è fatta la notifica? Rispondiamo ch'egli ha interesse di sapere se non vi ha un altro cessionario che verrà ad intentare un'azione per dichiarazione contro di lui, il che riconduce ancora una volta la questione sul terreno dell'art. 5. Dal momento che non si tratta del pagamento del credito, il debitore è un terzo nel senso di questo articolo, e quindi può opporre al cessionario la mancanza di pubblicità, il che ci pare decisivo (1).

260. L'art. 6 esige che l'inscrizione ipotecaria sia presa per sicurtà d'un credito liquido e certo. Se il credito non è liquido, il cessionario non potrà agire per la dichiarazione. Perchè la legge subordina l'azione per la dichiarazione alla liquidità del credito? Non se ne sa nulla. Un credito condizionale è incerto quanto alla sua esistenza, eppure può essere ceduto. Perchè il cessionario non ha il diritto di assicurarsi che questo credito esiste? Si può stipulare un'ipoteca e prendere inscrizione per sicurtà di un'apertura di credito. La somma fornita all'accreditato non è determinata. È questa una ragione perchè non si possa assicurarsi dell'esistenza del credito? Martou suppone che il legislatore ha richiesto questa condizione in conseguenza dell'analogia ch'esso stabilisce fra la cessione d'un credito ed il sequestro, ma l'analogia non riguarda che la forma. Quanto alla sostanza, vi ha una differenza essenziale fra il sequestro, che è un modo di esecuzione, e l'azione per dichiarazione di

(1) Cfr. Casier, n. 108; Cloes, t. I, n. 240, e Martou, t. I, n. 213.

credito, che ha unicamente per oggetto una semplice informazione (1).

261. L'azione può essere intentata, dispone l'art. 6, prima della scadenza del debito. Era inutile dirlo. Quando il debitore è scaduto, il cessionario può esigere il pagamento che è il mezzo più semplice e più energico d'assicurarsi se il credito ceduto esiste.

262. L'art. 6 soggiunge che la domanda è dispensata dai preliminari di conciliazione. Essa ha per oggetto una semplice informazione. Non vi ha contestazione fra il cessionario ed il debitore, e quindi non vi ha luogo a conciliazione.

263. L'azione deve essere intentata avanti il tribunale del domicilio del debitore È l'applicazione d'un principio generale. La domanda è puramente personale, quantunque si tratti d'un diritto reale immobiliare, ma l'azione non ha nulla di comune coll'immobile gravato del diritto reale; essa cade unicamente sopra un fatto. Il credito è o non è estinto? Il debitore deve rispondere a questa domanda. La domanda essendo personale va portata avanti al tribunale del domicilio del convenuto.

264. Il debitore citato deve fare la dichiarazione prescritta dall'art. 570 del codice di procedura. Questo articolo riguarda la dichiarazione che il debitore deve fare in caso di sequestro. Il sequestro gli è notificato, e in seguito alla citazione per la conferma egli dichiara se il credito esiste o meno. Sotto questo rapporto vi ha analogia fra il terzo sequestrato ed il debitore del credito ceduto. In conseguenza il secondo alinea dell'art. 6 dispone: « Il citato dovrà conformarsi alle disposizioni degli art. 571 e seguenti del codice di procedura ». La dichiarazione si fa di regola in cancelleria, coll'assistenza d'un procuratore. Non è una dichiarazione giurata; la legge si contenta d'una semplice dichiarazione. Il fatto essenziale che deve essere dichiarato è se il credito esiste o se il debito è estinto. Tuttavia vi sono fatti accessorii che il cessionario ha pur interesse di conoscere. Il codice di procedura (art. 573) vuole che la dichiarazione enunci le cause e l'importo del debito, i pagamenti in acconto, se ne sono stati fatti, l'atto e le cause della liberazione, se il citato non è più debitore, e, in tutti i casi, i sequestri fatti nelle sue mani. Una dichiarazione senza pezze giustificative non sarebbe una prova, e il fatto non deve soltanto essere dichiarato, ma bisogna anche che sia provato. L'art. 574 vuole che le pezze giustificative siano annesse alla dichiarazione, e depositate in cancelleria, ove il cessionario potrà prenderne comunicazione.

265. Il cessionario ha diritto di contestare la dichiarazione fatta dal debitore. In questo caso si inizia una lite. Se la dichia

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 225, n. 220.

razione non è contestata, dice l'art. 576, non si farà alcun'altra procedura.

266. Può darsi che il debitore non faccia la dichiarazione, o non la faccia conformemente al codice di procedura. In questo caso, dice l'art. 6, il cessionario può citarlo di nuovo mediante un usciere all'uopo delegato, affinchè sia dichiarato debitore puro e semplice. Il tribunale non deve dichiararlo debitore. Dal momento che vi ha una nuova citazione vi ha lite. Il debitore darà le ragioni per le quali non ha fatto la dichiarazione, e il tribunale deciderà.

PARTE II.

Dei privilegi e delle ipoteche (1).

CAPO I.

Disposizioni generali.

§ I. — *Diritti dei creditori a riguardo del debitore.*

267. L'art. 7 (codice civile, art. 2092) dispone: « Chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobiliari od immobiliari, presenti e futuri ». È questa la riproduzione dell'art. 2092 con una lieve modificazione. Il codice dice « *si è* obbligato », mentre la legge belga dice « *è* obbligato ». Delvincourt ha già osservato che la redazione del codice non si applica che alle obbligazioni convenzionali che nascono da un concorso di consenso (art. 1101). Vi hanno obbligazioni che si formano senza che intervenga

---

(1) Fonti: Martou, *Commentario della legge del 16 dicembre 1851*, 4 vol. in 8.° (Bruxelles 1853); Cloes, *Commentario della legge del 1851*, 3 vol. in 8.° (Liegi 1861 e seg.); Tarrible, *Dei privilegi e delle ipoteche*, 2 vol. in 8.° (Liegi 1819); Persil, *Questioni sui privilegi e le ipoteche*, 2 vol. in 8.° (Parigi 1820), e *Regime ipotecario*, 2 vol. in 8.° (Parigi 1833); Battur, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, II ediz., 4 vol. in 8.° (Parigi 1823); Grenier, *Trattato delle ipoteche*, III ediz. (Clermont-Ferrand 1829); Valette, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*. È comparsa la sola prima dispensa (Parigi 1846); Troplong, *Commentario del titolo dei privilegi e delle ipoteche*, V ediz., 4 vol. in 8.° (Parigi 1854); Mourlon, *Esame critico del Commentario di Troplong*, 2 vol. (Parigi 1855); Pont, *Commentario del titolo dei privilegi e delle ipoteche*, II ediz., 2 vol. in 8.° (Parigi 1868).

alcuna convenzione. Le une, dice l'art. 1370, risultano dall'autorità sola della legge, le altre nascono da un fatto. Ora, quando una persona è obbligata in forza della legge, lo è senza suo consenso, e quindi senza che si sia vincolato. Così pure chi è obbligato da un quasi-contratto, come l'interessato il cui affare è gerito da un terzo, è obbligato indipendentemente da una convenzione Qualunque sia la causa delle obbligazioni, gli effetti sono identici. Tutti coloro che sono obbligati devono adempiere le loro obbligazioni sui loro beni, quand'anche non avessero consentito. Bisognava dunque dire, come fa la legge ipotecaria: « Chiunque *è* obbligato ».

Quale è il fondamento del principio stabilito dall'art. 7? Ogni obbligazione implica la necessità legale di fare o di dare ciò che forma oggetto dell'obbligazione stessa. In che consiste questa necessità? In ciò, che il debitore può essere costretto ad adempiere l'obbligazione che gli incombe. In quali modi può essere costretto? Non se ne concepiscono che due, sulla persona o sui beni. Presso gli antichi si riteneva che la persona del debitore dovesse rispondere delle obbligazioni che contraeva nel senso ch'egli impegnava la sua libertà ed anche la sua vita. I Romani, popolo giuridico per eccellenza, avevano scritto questo barbaro diritto, in lettere di sangue, sulle loro famose *Tavole*. Ciò prova che gli antichi non avevano alcuna idea della libertà individuale. Il creditore non ha che diritti pecuniarii, e questi diritti non gli permettono di disporre della vita e della libertà del debitore, perchè la vita e la libertà non possono essere impegnate, ma sono inalienabili per loro essenza. I diritti pecuniari non possono esercitarsi che sui beni che hanno un valore pecuniario, e la libertà, la vita dell'uomo sono cose inestimabili. Di qui il vecchio adagio: *Chi si obbliga obbliga il suo*. La legge lo formula in termini più generali, dicendo: « Chiunque è obbligato deve adempiere le sue obbligazioni sui proprii beni » (1).

268. La legge dice: « *Chiunque* è obbligato ». Concepito nei termini più generali, il principio si applica ad *ogni* debitore, senza distinguere fra quelli che sono capaci d'alienare, e quelli che sono incapaci. Basta che siano validamente obbligati perchè siano tenuti ad adempiere le loro obbligazioni sui loro beni. Il minore è vincolato dalle obbligazioni che contrae il tutore nei limiti delle sue facoltà. Conseguentemente egli è tenuto su tutti i suoi beni. Ciò non fu mai contestato, salvo che, nell'antico diritto, si permetteva al minore di chiedere la rescissione per causa di lesione anche degli atti che il tutore aveva diritto di fare. Secondo la nostra legislazione moderna, il minore non può più chiedere la rescissione di questi atti; egli non ha che un'azione contro il tutore per la sua responsabilità.

---

(1) TROPLONG, n. 2. MARTOU, t. I, p. 235, nn. 241 e 242.

L'applicazione del principio soffre qualche dubbio quando si tratta d'incapaci che possono obbligarsi pei bisogni della loro amministrazione, ma che non hanno diritto d'alienare. Tali sono il minore emancipato e la moglie separata di beni. Prenderemo ad esempio la moglie separata, per la quale vi ha un testo, mentre pel minore emancipato tutto è soggetto a contro versia, anche il diritto d'alienare i beni mobili. A termini dell'art. 1449, la moglie separata ha la libera amministrazione del suo patrimonio. Essa può dunque obbligarsi quando amministra, ma non ha la facoltà assoluta d'alienare. La legge distingue: essa permette alla moglie di disporre dei suoi mobili, ma le vieta d'alienare i suoi immobili senza l'autorizzazione maritale e giudiziaria. Si domanda se la moglie, obbligandosi, vincoli i suoi beni mobili ed immobili. L'affermativa, a nostro avviso, è certa. Infatti, l'art. 7 non distingue, e non è permesso all'interprete distinguere, perchè il principio consacrato dalla legge non comporta distinzione. Ogni obbligazione implica la necessità giuridica di adempierla. Non si concepisce che vi siano debitori i quali non possano essere costretti ad eseguire le loro obbligazioni. Sarebbe un'eccezione ad una regola che è d'interesse pubblico, perchè la società è interessata a che le obbligazioni dei debitori vengano adempite. Occorrerebbe dunque un testo che consacrasse questo strano privilegio a favore degli incapaci. La legge si è ben guardata dall'accordarlo, perchè sarebbe stato loro funesto. Chi vorrebbe trattare con incapaci che il creditore non potrebbe costringere ad eseguire le loro obbligazioni? Così la legge darebbe alla moglie la libera amministrazione de' suoi beni, e la metterebbe nella impossibilità d'amministrare! Perchè non si può amministrare senza obbligarsi, e la moglie non troverà alcuno che voglia contrattare con lei, se non può offrirgli come pegno la garanzia dei suoi beni.

Si obbietta che la moglie può alienare soltanto i suoi mobili; che non può alienare gli immobili senza esservi autorizzata. Ecco, si dice, il testo che deroga all'art. 7 (cod. civ., art. 2092). La regola *chi si obbliga obbliga il suo* si applica alle persone capaci. Riguardo agli incapaci, bisogna stare alle disposizioni restrittive della legge. È impossibile, si osserva, che l'art. 7 dia alla moglie separata il diritto di obbligare i suoi immobili, quando l'articolo 1449 le vieta d'alienarli, perchè, obbligando i suoi immobili, la moglie li aliena indirettamente, in quanto conferisce al creditore il diritto di sequestrarli e di farli vendere. Si risponde, e la risposta è perentoria, che l'art. 1449 disponendo che la moglie non può alienare i suoi immobili senza autorizzazione, intende dire che non può venderli, trasferirne la proprietà. Tale è il significato della parola *alienare*. Ora, la moglie, obbligandosi, non aliena i suoi immobili, come non aliena i suoi mobili. Ciò è tanto vero che, dopo essersi obbligata, essa conserva la piena proprietà di tutti i suoi beni: essa può vendere i mobili senza esservi autorizzata, e gli immobili con autorizzazione. Dunque

l'art. 1449 non deroga all'art. 2092 (legge ip., art. 7). Invano si dice che l'obbligazione contratta dalla moglie condurrà alla vendita forzata dei suoi immobili se essa non adempie agli assunti impegni. Senza dubbio, ma questa conseguenza che risulta dalle di lei obbligazioni è indipendente dalla sua volontà. Non è essa che dà facoltà al creditore d'espropriarla, ma la legge la quale, per un interesse pubblico, attribuisce simile effetto od ogni obbligazione. In sostanza, l'art. 2092 e l'art. 1449 si conciliano perfettamente. Quando l'art. 1449 vieta alla moglie d'alienare senza autorizzazione vuol stabilire che non può vendere gli immobili. E se l'art. 2092 le permette di obbligare tutti i suoi beni contraendo un debito, ciò avviene perchè l'esecuzione forzata sui beni del debitore è dell'essenza di qualunque obbligazione (vol. XXII, n. 314).

Quello che diciamo della donna maritata si applica anche al minore emancipato. Pur ammettendo che egli non possa alienare i suoi mobili, egli può certo, obbligandosi pei bisogni della sua amministrazione, vincolare tutti i suoi beni, mobili ed immobili. Accade lo stesso degli inabilitati. È vietato a costoro d'alienare (art. 499 e 513), ma non d'amministrare, di obbligarsi per la loro amministrazione; il che rende applicabile l'articolo 7 (1).

269. L'art. 7 dice: « Chiunque è obbligato *personalmente* ». Quest'ultima parola è di troppo. Ogni obbligazione implica un vincolo *personale* per cui il debitore è tenuto a dare o a fare ciò che forma l'oggetto dell'obbligazione. La legge aggiunge l'avverbio *personalmente* per indicare la differenza che intercede tra il vincolo personale e il vincolo reale. I due vincoli possono coesistere, e possono anche essere separati. Quando io do un immobile in ipoteca al mio creditore sono tenuto *personalmente* come debitore, su tutti i miei beni, e sono tenuto *realmente* sull'immobile ipotecato. Grande è la differenza fra questi due vincoli. Come debitore personale, io resto padrone di disporre dei miei beni, ne conservo la piena proprietà; mentre non posso più disporre liberamente d'un immobile che ho ipotecato, il mio diritto essendo smembrato, limitato dal diritto del creditore ipotecario. Il vincolo reale è dunque più stretto del vincolo personale. Al contrario, questo s'estende a tutti i beni del debitore, mobili ed immobili, presenti e futuri, mentre il vincolo reale è speciale per sua natura. I due vincoli possono essere separati. Se io ipoteco il mio immobile per il debito d'un terzo, sarò tenuto realmente, e il terzo debitore sarà obbligato personalmente. Qui appare di nuovo la differenza che intercede fra i due vincoli. Come detentore dell'immobile ipotecato, io posso essere escusso dal creditore ipotecario, ma questa azione non è rivolta contro la mia persona, sibbene contro l'immobile. Io sono escusso come

---

(1) Pont, t. I, p. 8, n. 16, e, in senso diverso, gli autori che cita. Mourlon, *Esame critico*, t. I, p. 6, n. 6.

detentore dell'immobile. Rilasciandolo, mi libero dall'azione. Il debitore, al contrario, sarà tenuto personalmente, e per conseguenza su tutti i suoi beni. Egli non può farne rilascio al suo creditore, perchè ad onta di ciò rimarrebbe tenuto in forza del vincolo personale, il quale sussiste finchè il debitore non sia soddisfatto. Non accadrebbe altrimenti se non nel caso in cui i creditori consentissero alla cessione di beni, con l'effetto che il debitore sia liberato.

Importa dunque molto sapere quando vi sia vincolo reale e quando vincolo personale. È l'obbligazione che crea il vincolo personale, e l'obbligazione nasce dalla legge, dai contratti, dai quasi-contratti, dai delitti e dai quasi-delitti. Il vincolo reale sorge da un diritto reale costituito sopra un oggetto mobile od immobile sia in forza d'un contratto, sia di un testamento, sia della legge. Tali sono le servitù, i privilegi e le ipoteche. Si citano ancora come esempi l'erede benefiziato e i successori irregolari (1). Ciò non è esatto. L'erede, quantunque benefiziato, è il rappresentante della persona del defunto e quindi debitore personale, ma la sua obbligazione non è indefinita, come lo è, in generale, l'obbligazione di qualsiasi debitore. Egli non deve pagare i debiti ereditarii che fino a concorrenza del suo attivo. È vero ch'egli può fare l'abbandono dei beni ai creditori e legatarii, ma da questo si ha torto di conchiudere ch'egli non sia debitore personale, perchè, malgrado l'abbandono, resta erede, e quindi debitore. I successori irregolari sono successori universali. Sono dunque tenuti ai debiti del defunto, ed altresì come debitori personali; ma, al pari dell'erede benefiziato, non sono tenuti *ultra viris*. Non bisogna dunque confondere il debitore *limitato* con quello che è tenuto soltanto in forza d'un vincolo reale.

270. Il debitore personale, dice l'art. 7, è tenuto ad adempiere le proprie obbligazioni su tutti i suoi beni, mobili od immobili. Risulta dalla natura del principio ch'esso è applicabile a tutti i beni, senza distinguere se siano mobili od immobili. Tutto ciò che il debitore possiede è la garanzia dei suoi creditori. Tuttavia, quando il debitore si rende insolvibile, si stabilisce una differenza fra la massa mobiliare e la massa immobiliare. Non sono sempre gli stessi creditori che concorrono nelle due masse, e l'esercizio dei loro diritti non si fa sempre nello stesso modo. La distinzione origina dal fatto che vi sono creditori i quali hanno diritti particolari sovra certi beni. Ritorneremo sui diritti di preferenza che riguardano i rapporti dei creditori fra loro. Pel momento non si tratta che dei diritti dei creditori contro il debitore e sui suoi beni.

La legge dice che il debitore è *tenuto* ad adempiere le proprie obbligazioni su tutti i suoi beni. Come si eseguc questa obbli-

---

(1) PONT, t. I, p. 5, n. 9.

gazione del debitore? Col sequestro dei suoi beni e la vendita forzata che ne deriva. Ogni creditore ha diritto d'espropriare i beni che appartengono al debitore. Sotto questo rapporto, non vi è differenza fra i creditori chirografarii e i creditori ipotecarii o privilegiati. E siccome il loro diritto si estende su tutti i beni, essi possono esercitarlo come credono, sequestrare i mobili o gli immobili, agire su l'uno o l'altro dei beni. Tuttavia la legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione porta qualche restrizione alla facoltà assoluta che risulta dal principio dell'art. 7 (codice civile, art. 2092). Quando il creditore ha un'ipoteca deve cominciare ad espropriare i beni affetti alla medesima. Non è che in caso d'insufficienza di questi beni che potrà procedere all'espropriazione dei beni non vincolati a di lui favore (art. 4). A primo aspetto, la restrizione pare strana, perchè limita i diritti dei creditori i quali, come creditori ipotecarii, hanno la preferenza sui creditori personali. Ma questa limitazione risulta dalla garanzia speciale ch'essi hanno stipulata e che, in generale, basta loro. Ciò non compromette, del resto, per nulla i loro interessi, poichè dopo aver espropriato i beni espressamente loro ipotecati hanno diritto d'espropriare gli altri beni e di concorrere coi creditori chirografarii. Essi godono dunque d'una garanzia speciale, ed approfittano del pegno generale che la legge accorda ad ogni creditore sui beni del proprio debitore. La legge del 1854 stabilisce anche altre restrizioni di carattere più speciale. Alcune sono abolite. Non entriamo in questi dettagli, che appartengono alla procedura (1).

271. Gli autori aggiungono che il debitore è tenuto ad adempiere le proprie obbligazioni così sui suoi beni incorporali come sui suoi beni corporali. Era inutile dirlo, poichè il nostro diritto moderno non fa più differenza fra crediti ed oggetti corporali, mobiliari o immobiliari, riguardo ai diritti di colui al quale appartengono. Trattasi di un diritto di proprietà, e il creditore ha quindi tutte le facoltà d'un proprietario. Egli può vendere i crediti, come ogni altro bene che si trova nel suo dominio. I di lui creditori devono dunque avere, sui beni incorporali, gli stessi diritti che hanno sui beni corporali. L'art. 1166 ne deduce la conseguenza che i creditori possono esercitare tutti i diritti e le azioni del loro debitore.

272. Infine, a termini dell'art. 7 (codice civile, art. 2092), il debitore è tenuto sui suoi beni presenti e futuri. L'obbligazione del debitore non è limitata ai beni che possiede al momento in cui essa nasce, ma s'estende a tutti i beni che potrà acquistare in seguito. Quale ne è la ragione? Il diritto che il creditore acquista sui beni del debitore, non è un diritto reale. La legge dice, è vero, che i beni del debitore sono il *pegno* dei creditori (art. 8), ma questo diritto di pegno non ha nulla

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 246, n. 252.

di comune col pegno che attribuisce al creditore un privilegio sull'oggetto mobiliare che il debitore gli consegna per sicurtà del debito (art. 2071). I beni del debitore sono il pegno dei creditori nel senso che se non paga il debito, i creditori possono sequestrarli e farli vendere per essere pagati sul prezzo proveniente dalla vendita. Questo pegno generale non conferisce alcun diritto attuale ai creditori sui beni; esso non ne dà che pel caso in cui il debitore non soddisfaccia alle proprie obbligazioni, vale a dire quando si renda insolvente o fallito. Così il diritto di pegno dei creditori non si verifica che al momento del sequestro, ed i creditori possono naturalmente sequestrare tutti i beni che, in quel momento, sono nel dominio del debitore. Poco importa la data dei crediti, poco importa in qual tempo i beni sono stati acquistati. Il pegno generale, stabilito dall'art. 7, non colpisce questo o quel bene posseduto dal' debitore in epoca determinata, ma sibbene tutto il patrimonio del debitore, quale esiste allorquando i creditori esperiscono gli atti per far valere i loro diritti.

273. Dal principio che il debitore è tenuto sui suoi beni presenti e futuri non bisogna però conchiudere che i creditori abbiano azione sui beni che il debitore ha alienati. Il diritto di pegno che la legge dà ai creditori non è un diritto reale, e solo il diritto reale permette di seguire i beni che ne sono colpiti nelle mani di ogni terzo detentore. Il creditore che ha un'ipoteca o un privilegio sopra immobili può seguirli ed esercitare il suo diritto su questi beni. Il creditore chirografario non ha il diritto di evizione. Vi è una ragione decisiva di ciò. Il diritto dei creditori personali sui beni del loro debitore non si realizza che quando questi non adempie le sue obbligazioni. Fino a quel momento il debitore conserva il libero esercizio della sua proprietà. Egli può dunque alienare i beni, e queste alienazioni sono perfettamente valide, e trasferiscono la proprietà all'acquirente senza che i beni siano colpiti da alcun diritto reale, perchè al momento dell'alienazione i creditori non hanno alcun diritto sulla cosa. Se in seguito il venditore diviene insolvente, i suoi creditori possono farsi pagare sui beni del debitore, ma non hanno azione se non sui beni che si trovano nel suo patrimonio. Essi devono rispettare le alienazioni consumate, e non acquistano alcun diritto reale su questi beni che a partire dal sequestro. Da quel momento soltanto il debitore perde la libera disposizione dei proprii beni.

Questo principio non subiva che una modificazione sotto l'impero del codice civile. Il debitore ha la libera disposizione de' suoi beni, ma non può disporne in frode dei creditori. Di qui il diritto dei creditori d'impugnare gli atti fatti dal debitore in frode dei loro diritti (art. 1167). L'azione pauliana fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore, e permette, per conseguenza, ai creditori di sequestrarli.

La nostra legge ipotecaria, quale è interpretata dalla giurisprudenza, ha aggiunto una seconda restrizione al diritto del debitore. Egli conserva la facoltà d'alienare, e i beni alienati sfuggono al pegno dei creditori personali, ma ad una condizione, che gli atti d'alienazione siano trascritti, perchè un atto non trascritto non esiste a riguardo dei terzi, e, secondo il testo e lo spirito della nuova legge, i creditori chirografarii sono terzi; essi possono dunque invocare la mancanza di trascrizione e sequestrare, per conseguenza, come appartenenti ancora al loro debitore, beni che questi ha alienati senza aver fatto trascrivere l'atto di vendita (nn. 173-180).

274. Secondo l'art. 7, *tutti* i beni del debitore sono vincolati all'adempimento delle sue obbligazioni. Poi la legge soggiunge « mobiliari *o* immobiliari, presenti *e* futuri ». Perchè la legge si serve prima della disgiuntiva *o*, poi della congiuntiva *e*? Non se ne sa nulla. Il codice usa sempre la congiuntiva *e*, il che è certamente più esatto, poichè i diritti dei creditori si esercitano su tutti i beni indistintamente. Se ci tenessimo a fare una correzione, dovremmo adottare la modificazione proposta dalla facoltà di diritto di Caen, aggiungendo « salvo le eccezioni ammesse dalla legge », il che, del resto, va da sè. L'art. 7 (codice civile, art. 2092) stabilisce la regola. Tutti sanno che vi sono eccezioni, e che certi beni non possono essere sequestrati nè venduti, o che non ponno esserlo che entro certi limiti (1). Queste eccezioni appartegono alla procedura: il codice civile si limita a disporre che taluni beni non possono essere alienati. Così è dei diritti d'uso e d'abitazione (art. 631 e 634). Ne abbiamo detto la ragione al titolo dell'*Usufrutto.* Accade lo stesso dei beni dotali della donna maritata sotto il regime della dote. Al titolo del *Contratto di matrimonio* abbiamo esposte le difficoltà alle quali dà luogo l'inalienabilità del fondo dotale.

275. Vi è ancora un'altra restrizione da fare ai termini troppo generici dell'art. 7 (codice civile, art. 2092). Essa risulta dal principio stabilito dall'art. 537, a termini del quale « i beni che non appartengono a privati sono amministrati e non possono essere alienati che nelle forme e secondo le regole ad essi particolari ». Di quali beni la legge intende parlare? L'espressione *beni che non appartengono a privati* comprende i beni che appartengono alle persone così dette civili. La legge evita di servirsi di questa espressione dottrinale, che non è troppo esatta, e nomina d'ordinario i comuni (art. 542), lo Stato (art. 513), e gli stabilimenti di pubblica utilità, come gli ospizii (art. 910). Bisogna aggiungervi le provincie, le quali godono parimenti di quella che chiamasi la personalità civile. Per le persone civili la proprietà è un peso, o, se si vuole, un mezzo di compiere la missione di cui sono investite dalla legge, mentre pei

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 238, n. 241 e seg.

di comune col pegno che attribuisce al creditore un privilegio sull'oggetto mobiliare che il debitore gli consegna per sicurtà del debito (art. 2071). I beni del debitore sono il pegno dei creditori nel senso che se non paga il debito, i creditori possono sequestrarli e farli vendere per essere pagati sul prezzo proveniente dalla vendita. Questo pegno generale non conferisce alcun diritto attuale ai creditori sui beni; esso non ne dà che pel caso in cui il debitore non soddisfaccia alle proprie obbligazioni, vale a dire quando si renda insolvente o fallito. Così il diritto di pegno dei creditori non si verifica che al momento del sequestro, ed i creditori possono naturalmente sequestrare tutti i beni che, in quel momento, sono nel dominio del debitore. Poco importa la data dei crediti, poco importa in qual tempo i beni sono stati acquistati. Il pegno generale, stabilito dall'art. 7, non colpisce questo o quel bene posseduto dal debitore in epoca determinata, ma sibbene tutto il patrimonio del debitore, quale esiste allorquando i creditori esperiscono gli atti per far valere i loro diritti.

273. Dal principio che il debitore è tenuto sui suoi beni presenti e futuri non bisogna però conchiudere che i creditori abbiano azione sui beni che il debitore ha alienati. Il diritto di pegno che la legge dà ai creditori non è un diritto reale, e solo il diritto reale permette di seguire i beni che ne sono colpiti nelle mani di ogni terzo detentore. Il creditore che ha un'ipoteca o un privilegio sopra immobili può seguirli ed esercitare il suo diritto su questi beni. Il creditore chirografario non ha il diritto di evizione. Vi è una ragione decisiva di ciò. Il diritto dei creditori personali sui beni del loro debitore non si realizza che quando questi non adempie le sue obbligazioni. Fino a quel momento il debitore conserva il libero esercizio della sua proprietà. Egli può dunque alienare i beni, e queste alienazioni sono perfettamente valide, e trasferiscono la proprietà all'acquirente senza che i beni siano colpiti da alcun diritto reale, perchè al momento dell'alienazione i creditori non hanno alcun diritto sulla cosa. Se in seguito il venditore diviene insolvente, i suoi creditori possono farsi pagare sui beni del debitore, ma non hanno azione se non sui beni che si trovano nel suo patrimonio. Essi devono rispettare le alienazioni consumate, e non acquistano alcun diritto reale su questi beni che a partire dal sequestro. Da quel momento soltanto il debitore perde la libera disposizione dei proprii beni.

Questo principio non subiva che una modificazione sotto l'impero del codice civile. Il debitore ha la libera disposizione de' suoi beni, ma non può disporne in frode dei creditori. Di qui il diritto dei creditori d'impugnare gli atti fatti dal debitore in frode dei loro diritti (art. 1167). L'azione pauliana fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore, e permette, per conseguenza, ai creditori di sequestrarli.

La nostra legge ipotecaria, quale è interpretata dalla giurisprudenza, ha aggiunto una seconda restrizione al diritto del debitore. Egli conserva la facoltà d'alienare, e i beni alienati sfuggono al pegno dei creditori personali, ma ad una condizione, che gli atti d'alienazione siano trascritti, perchè un atto non trascritto non esiste a riguardo dei terzi, e, secondo il testo e lo spirito della nuova legge, i creditori chirografarii sono terzi; essi possono dunque invocare la mancanza di trascrizione e sequestrare, per conseguenza, come appartenenti ancora al loro debitore, beni che questi ha alienati senza aver fatto trascrivere l'atto di vendita (nn. 173-180).

274. Secondo l'art. 7, *tutti* i beni del debitore sono vincolati all'adempimento delle sue obbligazioni. Poi la legge soggiunge « mobiliari *o* immobiliari, presenti *e* futuri ». Perchè la legge si serve prima della disgiuntiva *o*, poi della congiuntiva *e*? Non se ne sa nulla. Il codice usa sempre la congiuntiva *e*, il che è certamente più esatto, poichè i diritti dei creditori si esercitano su tutti i beni indistintamente. Se ci tenessimo a fare una correzione, dovremmo adottare la modificazione proposta dalla facoltà di diritto di Caen, aggiungendo « salvo le eccezioni ammesse dalla legge », il che, del resto, va da sè. L'art. 7 (codice civile, art. 2092) stabilisce la regola. Tutti sanno che vi sono eccezioni, e che certi beni non possono essere sequestrati nè venduti, o che non ponno esserlo che entro certi limiti (1). Queste eccezioni appartegono alla procedura: il codice civile si limita a disporre che taluni beni non possono essere alienati. Così è dei diritti d'uso e d'abitazione (art. 631 e 634). Ne abbiamo detto la ragione al titolo dell'*Usufrutto*. Accade lo stesso dei beni dotali della donna maritata sotto il regime della dote. Al titolo del *Contratto di matrimonio* abbiamo esposte le difficoltà alle quali dà luogo l'inalienabilità del fondo dotale.

275. Vi è ancora un'altra restrizione da fare ai termini troppo generici dell'art. 7 (codice civile, art. 2092). Essa risulta dal principio stabilito dall'art. 537, a termini del quale « i beni che non appartengono a privati sono amministrati e non possono essere alienati che nelle forme e secondo le regole ad essi particolari ». Di quali beni la legge intende parlare? L'espressione *beni che non appartengono a privati* comprende i beni che appartengono alle persone così dette civili. La legge evita di servirsi di questa espressione dottrinale, che non è punto esatta, e nomina d'ordinario i comuni (art. 542), lo Stato (a... e gli stabilimenti di pubblica utilità, come gli ospizii (... Bisogna aggiungervi le provincie, le quali godono ... di quella che chiamasi la personalità civile. Per ... civili la proprietà è un peso o se si vuole, un mezzo ... la missione di cui s[ono] ...te dalla legge

(1) Martou, Commentaire ... e seg.

privati la proprietà è un diritto, e il più assoluto di tutti (art. 544). Di qui una grande differenza nei diritti dei creditori. Se si tratta di privati, siccome costoro possono disporre liberamente dei loro beni, anche i creditori ne hanno la libera disposizione. Essi sequestrano i beni e li fanno vendere; poi vengono pagati sul prezzo proveniente dalla vendita. Non può accadere lo stesso dei creditori dello Stato, delle provincie e dei comuni. Veramente essi possono far valere giudizialmente i loro diritti, nel senso che siano riconosciuti dai giudici, ma le sentenze non possono essere eseguite mediante sequestro, perchè non spetta ai tribunali disporre, colle loro decisioni, d'un patrimonio destinato ad un servizio di pubblica utilità. Non è a dirsi per ciò che le persone civili siano dispensate dall'adempiere le proprie obbligazioni, ma le adempiono nelle forme determinate dalle leggi particolari che regolano l'amministrazione dei loro beni. Le persone estranee al diritto considerano questo modo di procedura come un diniego di giustizia, ma non è così. Vi sono in conflitto due interessi, quello della società e quello dei privati, e, in questo conflitto, è sempre l'interesse generale che prevale. A bella posta noi parliamo d'*interessi* e non di *diritti*. I diritti dei privati non sono sacrificati ad un interesse dello Stato: un simile sacrificio sarebbe un vero diniego di giustizia, quando il maggiore interesse dello Stato e il suo più stretto dovere esigono il mantenimento del diritto. Quelli che contrattano con una persona civile ottengono il pagamento dei loro crediti, ma sanno, contrattando, che non possono ottenerlo per le vie ordinarie d'esecuzione. Essi si assoggettano alle formalità più lente della liquidazione amministrativa e fanno le loro stipulazioni di conseguenza. La legge rispetta dunque i diritti e concilia i diversi interessi (1).

La giurisprudenza è in questo senso. Avviene talvolta che i tribunali, più per abitudine che per principio, condannino le persone civili nei termini che usano per condannare i privati. Queste decisioni, prese alla lettera, permetterebbero ai creditori di sequestrare i beni dello Stato o dei comuni. Le sentenze così formulate vengono di regola riformate in appello. « I primi giudici, dice la Corte di Liegi, eccedono i loro poteri condannando puramente e semplicemente i comuni al pagamento di ciò che devono. Essi devono limitarsi a dichiarare l'esistenza e la legittimità del debito rimandando la liquidazione all'autorità amministrativa » (2). La nostra Corte suprema ha consacrato questa dottrina, decidendo in linea di principio che i comuni non hanno la libera disposizione del loro patrimonio; che non possono fare alcuna spesa, nè soddisfare a nessuna

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 239, n. 248.
(2) Liegi, 17 luglio 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 192), e 1.° agosto 1835 (*Pasicrisie*, 835, 2, 298).

delle loro obbligazioni se non dopo essere stati autorizzati dalla superiore autorità amministrativa, e conformemente agli stanziamenti del bilancio dal quale è loro vietato di allontanarsi. Di qui la conseguenza, che il creditore d'un comune non può agire contro di esso con nessuno dei mezzi di esecuzione ordinarii per ottenere il pagamento di ciò che gli è dovuto (1). È sottinteso che quello che la Corte di cassazione dice dei comuni che erano in causa nella specie è applicabile a tutte le persone civili incaricate di un pubblico servizio.

276. Si domanda se questi principii siano applicabili agli Stati stranieri. La questione deve esser posta in termini più generali. Non è soltanto lo Stato, colle sue dipendenze, i comuni e le provincie, che può invocare il beneficio dell'eccezione da noi accennato. Ogni persona civile, purchè sia di pubblica utilità, può reclamarlo. Sarà a dirsi lo stesso delle persone civili costituite da leggi straniere? L'affermativa non sarebbe dubbia se queste persone fossero riconosciute come tali nel Belgio. Ma possono esse invocare la loro personificazione senza che sia consacrata dalle nostre leggi? No, poichè trattasi di esseri fittizii i quali non tengono la loro esistenza che dalla legge. Ora la legge straniera che le ha create non ha alcuna forza fuori dello Stato pel quale è stata fatta. Rimandiamo a quanto si è detto altrove (2).

Noi limitiamo la nostra questione agli Stati stranieri. Essi sono riconosciuti per ciò solo che esistono. Vi hanno fra i diversi Stati rapporti diplomatici i quali implicano che essi esistono come società sovrane e come tali sono riconosciute. I comuni e le provincie profittano di questo riconoscimento? È una nuova difficoltà che lasciamo da parte per non complicare la questione. La tesi che abbiamo posta non si è presentata fin qui che per gli Stati stranieri. Vi ha un principio che domina la nostra materia, il principio dell'indipendenza degli Stati nei loro reciproci rapporti. Questo principio, universalmente riconosciuto, conduce ad una conseguenza importante per quanto riguarda la giurisdizione dei tribunali stabiliti nei diversi paesi: essa non si estende agli Stati stranieri. Tutti gli autori che si sono occupati del diritto delle genti ammettono il principio colla conseguenza che ne deriva. Ci limitiamo a citare la testimonianza di Vattel, la cui autorità davanti i tribunali è assai grande. « Da questa libertà ed indipendenza consegue che spetta a ciascuna nazione giudicare quello che la sua coscienza esige da essa, quello che può o non può, quello che le conviene o non le conviene di fare. In tutti i casi dunque in cui spetta ad una nazione giudicare quello che il suo dovere esige da essa, un'altra non può costringerla ad agire in modo determinato, perchè, se

(1) Rigetto, 30 dicembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 25).
(2) Vedi t. I, n. 306.

lo facesse, attenterebbe alla libertà delle nazioni. Il diritto di coartare una persona libera non ci appartiene che nei casi in cui questa persona sia obbligata verso noi a qualche cosa di particolare, per una ragione speciale che non dipende dal suo giudizio, nei casi in cui abbiamo contro di essa un diritto perfetto » (1). Ora, essendo uno Stato completamente indipendente dall'altro, non può parlarsi di un diritto perfetto tra loro: donde l'impossibilità che l'uno sia sottoposto alla giurisdizione dell'altro. Questa incompetenza dell'autorità giudiziaria ordinaria non è un diniego di giustizia, ma solo l'applicazione del diritto comune, per quanto riguarda lo Stato. Se, in ogni paese, lo Stato e le sue dipendenze non sono soggetti alla giurisdizione ordinaria per ciò che concerne i mezzi d'esecuzione forzata, deve dirsi lo stesso degli Stati esteri, una volta che si ammette la loro esistenza e la loro sovranità. Senza dubbio le garanzie del privato che tratta con uno Stato estero possono non essere quelle medesime ch'egli trova nelle istituzioni politiche del suo paese. Spetta a lui pesare codeste considerazioni prima di trattare. Egli sa che non potrà costringere il debitore ad adempiere le sue obbligazioni, usando le vie giuridiche; sa che dovrà rimettersi alla lealtà del Governo col quale sta per contrattare. Se non ha fiducia nello Stato che diverrà suo debitore deve astenersi. È certo che queste obbligazioni non offrono la stessa sicurezza che il creditore trova nell'azione regolare della giustizia. La conseguenza sarà che questi Stati tratteranno a condizioni più svantaggiose che i privati. Minori garanzie offre il debitore, e più crescono le esigenze del creditore.

277. La Corte di cassazione ha consacrato questi principii. Ecco i fatti della causa. Alcuni negozianti di Baiona fecero una somministrazione al Governo spagnuolo nel febbraio del 1837. Nel mese d'ottobre il pagamento fu regolato con una cambiale. La tratta venne presentata alla scadenza, ma si rispose, con una nota del 7 maggio 1839, che non poteva essere pagata in conseguenza delle istruzioni date dal Governo. Il 13 giugno 1839 fu fatto il protesto. Ai 29 febbraio 1844 i creditori praticarono un sequestro sulle somme che un negoziante di Baiona doveva al Governo spagnuolo. Il primo giudice e la Corte di Pau dichiararono valido il sequestro ed ordinarono che il terzo sequestrato versasse nelle mani dei sequestranti ciò di cui era debitore verso il Governo spagnuolo, fino a concorrenza del credito capitale di tremilacinquecentosettantasette lire e degli interessi. La Corte non tenne alcun conto dell'obbiezione sollevata in nome del debitore, cioè che la sovranità e l'indipendenza degli Stati non permettevano le vie d'esecuzione. La sentenza dice che questo principio non era in causa; che si trattava d'un debito

(1) VATTEL, *Trattato del diritto delle genti*, Preliminari, § 16.

legittimo di cui il creditore poteva chiedere il pagamento. Prodotto ricorso per cassazione in seguito a deliberazioni in camera di consiglio, la decisione venne cassata, sulla relazione di Bèrenger, presidente della Corte, e sulle conclusioni dell'avvocato generale Nicias-Gaillard.

La Corte parte dal principio dell'indipendenza reciproca degli Stati donde risulta che un Governo non può essere sottoposto, per le obbligazioni che contrae, alla giurisdizione d'uno Stato straniero. Infatti, il diritto di giurisdizione che spetta ad ogni Governo per giudicare le differenze sorte da atti emanati da lui è un diritto inerente alla sua autorità sovrana, che un altro Governo non potrebbe attribuirsi senza esporsi ad alterare i loro rispettivi rapporti. Il convenuto invocava l'art. 14 del codice civile che autorizza a citare avanti i tribunali francesi lo *straniero* che ha contratto obbligazioni verso un Francese. La Corte risponde che questa disposizione non riguarda che le obbligazioni private contratte da cittadini appartenenti a due Stati diversi e che non è applicabile alle obbligazioni che uno Stato estero contrae verso un Francese.

La Corte invoca anche i principii particolari che reggono l'esecuzione delle obbligazioni contratte da uno Stato verso un indigeno. Nella specie, si trattava, non di decidere se il Governo spagnuolo era debitore, poichè il debito non era contestato, ma di giudicare della validità d'un sequestro praticato a carico d'un Governo straniero. Ora, con qualunque persona tratta uno Stato, questa persona, pel fatto dell'obbligazione che contrae, si assoggetta alle leggi, al modo di contabilità ed alla giurisdizione amministrativa o giudiziaria di questo Stato. Le questioni che si riferiscono alla verifica, alla liquidazione od al sequestro dei crediti d'un Governo su nazionali o stranieri non possono essere risolte che colle regole del diritto pubblico di questo Stato, e, per conseguenza, non potrebbero venir giudicate da tribunali stranieri. La Corte ne dà una ragione decisiva per quanto riguarda il sequestro. Se un tribunale francese convalidasse il sequestro operato a mani del debitore d'uno Stato straniero, il terzo sequestrato sarebbe, a dir vero, obbligato a pagare, ma si troverebbe poi liberato verso lo Stato di cui è debitore? No, perchè questo non riconoscerebbe la sentenza francese, la quale ha disposto di un credito che gli appartiene. Che cosa ne risulterebbe? Che il terzo sequestrato dovrebbe pagare due volte. Ciò prova che le leggi generali non ricevono applicazione alle questioni nelle quali è interessato come debitore un Governo straniero (1).

(1) Cassazione, 22 gennaio 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 5). MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 242, n. 249.

§ II. — *Diritti dei creditori fra loro.*

N. 1. — Dei creditori personali.

278. L'art. 8 (codice civile, art. 2093) dispone che i beni del debitore sono il *pegno comune* de' suoi creditori; il che è quanto dire che tutti vi hanno un diritto eguale. Di quali creditori si tratta? Anzitutto dei creditori chirografarii, che non hanno nè privilegio nè ipoteca, e che, per conseguenza, sono tutti in pari condizione. I creditori privilegiati ed ipotecarii hanno due diritti. Essi possono farsi pagare preferibilmente ai creditori personali, sui beni particolarmente affetti al pagamento dei loro crediti. Se questi beni sono insufficienti per soddisfarli del tutto, restano creditori per l'eccedenza, ma, a tal titolo, non sono che creditori chirografarii, e concorrono, per conseguenza, coi creditori personali, senza distinguere fra quelli che hanno esercitato il loro diritto di preferenza e gli altri. Tutti hanno lo stesso pegno, il patrimonio del loro debitore, quale esiste all'atto del sequestro de' suoi beni.

279. La legge non ammette alcuna preferenza fra i creditori personali. A termini dell'art. 8 (codice civile, art. 2093), il prezzo si distribuisce fra i creditori per contributo. Ciò suppone che i beni del debitore non bastino per pagare i suoi debiti integralmente, come avviene il più delle volte quando i suoi beni sono sequestrati,perchè il sequestro è il segno apparente dell'insolvenza. Se il debitore fosse in grado di pagare i proprii non lascerebbe sequestrare i beni, perchè l'espropriazione completa la sua rovina distruggendo il credito. Se i beni sono insufficienti, tutti i creditori devono perdere una parte dei loro crediti. In questo senso, il prezzo dei beni si distribuisce fra loro per *contributo,* perchè tutti contribuiscono alla perdita comune nella proporzione di quanto è loro dovuto.

Si domanda perchè i creditori anteriori non siano preferiti a quelli i cui diritti sono posteriori. L'equità sembrerebbe esigere che lo fossero. Essi hanno trattato col debitore in un momento in cui questi era ancora solvibile, ed è appunto per ciò che non hanno stipulato alcuna garanzia. Essi hanno dunque dovuto calcolare sui beni che il debitore possedeva al momento del contratto. Non è ingiusto che creditori posteriori vengono a togliere loro questo pegno? Si risponde, e la risposta è perentoria, che il debitore conserva la libera disposizione de' suoi beni; egli può alienarli, e, alienandoli, li sottrae al pegno dei creditori. Egli può anche disporne indirettamente, contraendo nuovi debiti, senza che i creditori possano lagnarsi degli atti coi quali egli diminuisce il suo patrimonio, a meno che non agisca in frode dei loro diritti. I creditori hanno un sol mezzo per

assicurarsi i beni che il debitore possiede al momento del contratto, ed è di stipulare un'ipoteca che attribuisca loro un diritto su questi beni, diritto che li debitore non può compromettere nè con alienazioni nè con nuovi debiti.

L'anteriorità, per sè sola, non è una causa di prelazione. La ragione sta in ciò, che i creditori personali non acquistano alcun diritto attuale sui beni del debitore. Essi possono soltanto sequestrarli quando il debitore non paga ciò che deve, vale a dire quando si rende insolvente. Allora tutti possono agire, anche quelli che hanno solo un credito a termine, poichè l'insolvenza importa la decadenza del termine. Così, sebbene contratti in tempi diversi, i debiti hanno realmente la stessa data per quanto riguarda i diritti dei creditori sui beni, la data del giorno in cui sorge l'insolvenza. In quel momento tutti possono agire, e quindi tutti hanno un solo e medesimo diritto sui beni (1).

280. La legge dice che il prezzo dei beni è distribuito fra i creditori per contributo, ma soggiunge: « A meno che non vi siano fra i creditori cause legittime di prelazione » Quando vi sono creditori privilegiati o ipotecarii la distribuzione si fa per graduatoria, poichè bisogna stabilire un ordine fra i diversi creditori, in forza della prelazione che gli uni hanno sugli altri. È il codice di procedura che determina le regole secondo le quali si fa la *distribuzione*. La legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione forzata regola la procedura in materia di *graduazione*.

N. 2. — Dei crediti ipotecarii e privilegiati.

281. « Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche » (art. 9, e codice civile, art. 2094). Vi hanno considerevoli differenze fra i creditori personali e i creditori che godono d'un diritto di prelazione. La parola *prelazione* indica la differenza essenziale. I creditori ipotecarii e privilegiati sono pagati preferibilmente ai creditori personali. Tale è l'oggetto e il vantaggio delle garanzie reali che il creditore stipula, e che la legge o il debitore per testamento gli accordano. I creditori chirografarii corrono sempre il rischio dell'insolvibilità del debitore. L'ipoteca e il privilegio li mettono al coperto da questo pericolo. Per realizzare il loro diritto di prelazione, i creditori devono cominciare coll'espropriare il debitore. Sotto questo rapporto, essi sono equiparati ai creditori personali. Hanno soltanto questo vantaggio, che non devono rivolgersi

---

(1) Cfr. DURANTON, t. XIX, p. 6, n. 5, e TROPLONG, n. 14, che danno altre ragioni, poco soddisfacenti, a nostro avviso.

all'autorità giudiziaria per ottenere un titolo esecutivo. L'ipoteca e il privilegio immobiliare risultando da atti autentici, i creditori possono direttamente chiedere l'espropriazione del debitore. Ma non è questa una differenza essenziale fra le due categorie di creditori, perchè anche il creditore personale può avere un titolo autentico. In questo caso, egli si trova nella stessa condizione del creditore ipotecario o privilegiato. Ma questi hanno una garanzia che manca sempre al creditore personale. Quanto abbiamo detto dei creditori personali suppone che il debitore possegga ancora i beni che formano il loro pegno. Se li ha alienati, i creditori chirografarii non possono chiedere l'espropriazione, poichè non hanno il diritto di evizione, mentre i creditori ipotecarii e privilegiati, avendo un diritto reale, possono seguire i beni che ne sono colpiti nelle mani di ogni terzo detentore. È una conseguenza della realità del loro diritto ed una garanzia preziosa, poichè, senza l'evizione, il pegno speciale che hanno stipulato sfuggirebbe loro coll'alienazione che il debitore ne facesse, come sfugge ai creditori personali.

La garanzia reale offre anche un altro vantaggio ai creditori ipotecarii, limitando il potere assoluto che il debitore ha sui proprii beni. A riguardo dei creditori personali, il debitore resta proprietario, colla facoltà d'usare e d'abusare della cosa. Anche quando i suoi atti fossero dannosi ai creditori, essi non potrebbero impugnarli, a meno che non siano stati fatti in frode dei loro diritti. Quando il debitore ha consentito un' ipoteca a vantaggio del suo creditore, non può più far nulla per diminuire le sicurtà che ha date, sotto pena di decadenza dal beneficio del termine, vale a dire di risoluzione del contratto (art. 1188). Quand'anche l'immobile ipotecato venisse a perire o ad essere deteriorato indipendentemente dal fatto del debitore, il credito diviene esigibile, perchè la garanzia reale è la condizione sotto di cui il creditore ha contrattato. In tal caso, però, il debitore è ammesso a dare un supplemento d'ipoteca (art. 2131, e legge ip., art. 79). Ritorneremo più avanti su questa materia.

Vi è un'altra differenza fra i creditori ipotecarii e i creditori personali. Questi ultimi rischiano di vedere il loro pegno diminuito dai nuovi debiti che contrae il debitore. Il creditore ipotecario è al coperto da simile pericolo, poichè il suo diritto colpisce l'immobile, il quale è smembrato a suo favore. Il debitore può, a dire il vero, consentire una nuova ipoteca sull'immobile già ipotecato, ma l'ultimo creditore sarà posposto al primo, se questi ha avuto cura di prendere inscrizione.

La necessità di rendere pubblica l'ipoteca stabilisce un'ultima differenza fra il creditore ipotecario e il creditore personale. Costui non deve compiere alcuna formalità per conservare il suo pegno, poichè questo pegno non gli assicura alcun diritto nè contro l'acquirente, nè contro un creditore posteriore. Era

dunque inutile assoggettarlo ad una pubblicità nell'interesse dei terzi. Accade altrimenti dell'ipoteca. Essa smembra la proprietà dell'immobile, altera profondamente i diritti del debitore sulla sua cosa, dà al creditore una preferenza sui creditori chirografarii e sui creditori ipotecarii posteriori di grado. I terzi sono dunque massimamente interessati a che le ipoteche siano rese pubbliche. Un'ipoteca non inscritta non esiste a loro riguardo.

282. I diritti dei creditori privilegiati variano secondochè il privilegio cade sui mobili o sugli immobili. Secondo la legge belga, i creditori privilegiati sui mobili non hanno più alcuna preferenza a riguardo dei creditori ipotecarii. Vi ha un solo privilegio che si estende sui mobili e gli immobili, il privilegio delle spese di giustizia, ed anche questo non può essere opposto che ai creditori nell'interesse dei quali le spese vennero fatte. I creditori privilegiati sui mobili non hanno dunque preferenza che sulla massa mobiliare. Essi sono equiparati ai creditori personali, nel senso che non godono del diritto di evizione, ad eccezione del locatore. Quantunque siano preferiti ai creditori personali, il loro diritto non deve essere reso pubblico.

Quanto ai creditori privilegiati sugli immobili, i loro diritti sono quelli dei creditori ipotecarii. Essi hanno l'evizione; il loro privilegio deve essere reso pubblico. Differiscono dai creditori ipotecarii in un punto, che godono d'un duplice ordine di prelazione. Sono pagati preferibilmente ai creditori personali, e sono preferiti anche ai creditori ipotecarii.

I rapporti dei creditori privilegiati fra loro differiscono grandemente dai rapporti che intercedono da una parte fra i creditori personali e, dall'altra, fra i creditori ipotecarii. Quando vi ha conflitto fra creditori privilegiati, la prelazione si regola secondo le diverse qualità dei privilegi; essa è indipendente dalla data dell'origine del privilegio, e così pure, per quanto riguarda i privilegi immobiliari, non dipende dall'inscrizione. La ragione si è che il privilegio ha la sua causa e il suo fondamento nel favore che merita la qualità del credito. Il legislatore non poteva dunque mettere tutti i privilegi alla stessa stregua, come fa dei crediti chirografarii, che sono tutti egualmente favoriti; doveva, al contrario, stabilire un ordine fra i creditori privilegiati secondo la loro diversa qualità. D'altro lato la pubblicità è indifferente per quanto riguarda la classificazione dei privilegi. L'inscrizione non aggiunge nulla al favore che è dovuto ad un credito, e quindi può darsi che il privilegio inscritto per ultimo sia preferibile a quello che è stato inscritto pel primo. In massima, è lo stesso quando vi ha conflitto fra un creditore privilegiato ed un creditore ipotecario, perchè la qualità del privilegio prevale ad una garanzia ipotecaria, che può essere annessa indifferentemente ad ogni sorta di crediti, per quanto poco favoriti.

283. I privilegi e le ipoteche sono le sole cause legittime di

prelazione? Stando al testo della legge, l'affermativa non è dubbia. L'art. 8 stabilisce come regola generale che i diritti di tutti i creditori sono eguali, donde la conseguenza che il prezzo dei beni che servono loro di pegno si distribuisce fra essi per contributo. Questa regola subisce un'eccezione: « a meno che, dice la legge, non vi siano fra i creditori cause legittime di prelazione ». I termini dell'art. 8 indicano che si tratta di un'eccezione alla regola ch'esso stabilisce. Resta a definirsi l'eccezione. È quello che fa l'art. 9 (codice civile, art. 2094) dicendo che « le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche ». Queste cause di prelazione costituendo un'eccezione sono per ciò stesso di stretta interpretazione, e quindi non si possono ammettere altre cause di prelazione che le ipoteche e i privilegi. L'interpretazione restrittiva che noi diamo alla legge è anche razionale. Infatti, i diritti dei creditori sui beni del loro debitore sono d'interesse generale, poichè ne dipendono il credito pubblico e, per conseguenza, la pubblica ricchezza. Ecco il motivo per cui la legge ha cura di determinare e limitare le cause di prelazione. Essa prescrive anche le condizioni di pubblicità sotto le quali certi crediti o certi creditori godono d'una preferenza a riguardo della massa chirografaria. Se vi fossero altre cause di prelazione oltre quella che la legge stabilisce nell'art. 9 (codice civile, art. 2094), i terzi non potrebbero più trattare con sicurezza. Lo scopo che il legislatore ha avuto organizzando la pubblicità del regime ipotecario sarebbe mancato. Dunque, secondo lo spirito della legge, le cause di prelazione vanno interpretate nel modo più ristrettivo.

Tuttavia la questione è controversa. Si ammettono da molti due cause di prelazione, che non sono menzionate dall'art. 9: il pegno e il diritto di ritenzione. In realtà, la prima si confonde colla seconda. Non si tratta del pegno che attribuisce un privilegio al creditore, e quindi un diritto di preferenza, si tratta dell'anticresi, la quale non dà alcun privilegio al creditore, non avendo questi che un diritto di ritenzione, ma si pretende ch'egli può opporre questo diritto ai terzi. Questo stesso diritto di ritenzione esiste anche in altri casi, sia in forza della legge sia in forza della dottrina degli scrittori. Esso conferisce sempre al creditore un diritto di prelazione contro i terzi, ossia un diritto reale? Quanto abbiamo detto dell'anticresi pregiudica la nostra opinione. A nostro avviso, il creditore anticretico non può opporre il suo diritto di ritenzione che al debitore; egli non può invocarlo contro i terzi (vol. XXVIII, nn. 561-573). Ci resta da vedere se il diritto di ritenzione sia un diritto reale negli altri casi in cui il codice civile l'ammette, e se si possa estendere questo diritto a casi non previsti dalla legge.

N. 3. — Del diritto di ritenzione (1).

I. — Che cosa è il diritto di ritenzione e quali ne sono gli effetti?

284. Il codice civile non accenna in nessun luogo, in termini generali, ad un diritto di ritenzione: esso dà soltanto, in certi casi, al creditore il diritto di ritenere la cosa che dovrebbe restituire, fino a che il debitore non abbia soddisfatto alle sue obbligazioni, quando queste si riferiscono alla cosa soggetta a restituzione. Ci pare che il silenzio della legge sia molto significativo. Se il legislatore avesse inteso fare del diritto di ritenzione un diritto generale, non lo avrebbe detto, come dichiara, per esempio, del diritto di risoluzione sottinteso nei contratti sinallagmatici? Avrebbe dovuto farlo, secondo l'opinione che attribuisce una preferenza al diritto di ritenzione. Infatti ogni preferenza fra creditori è un'eccezione alla regola (n. 283), e il solo legislatore può consacrare eccezioni, perchè apportare un'eccezione alla regola significa fare la legge, derogandovi. Se dunque gli autori del codice avessero voluto stabilire un diritto generale di ritenzione, l'avrebbero detto e dovuto dire in termini formali. Essi avrebbero dovuto anche determinare le condizioni sotto le quali il creditore è ammesso ad opporre ai terzi il suo diritto di ritenzione, perchè questo diritto conduce ad una prelazione fra creditori. Ora, è nello spirito della nuova legislazione che i terzi siano informati dell'esistenza dei diritti reali che si possono loro opporre. Sarebbe stato anche necessario dire quali sono i terzi contro i quali il creditore può invocare il suo diritto di ritenzione. Questa quistione, altrettanto importante quanto difficile, non può essere risolta dall'interprete. La legge sola può, se è il caso, eliminare taluni terzi e ammetterne altri. Infine il legislatore avrebbe dovuto precisare gli effetti del diritto di ritenzione. Essi riguardano i terzi, e quindi l'interesse generale. Si concepisce che gli autori del codice si siano rimessi alla dottrina in una simile materia? Non è possibile, perchè il legislatore non può delegare agli interpreti un potere che egli solo ha missione d'esercitare. In realtà, non l'ha fatto: esso tace sul diritto di ritenzione. La nostra conclusione è che questo preteso diritto di prelazione, considerato come regola generale, non esiste sotto l'impero del codice civile.

285. Si è cercato un appoggio pel diritto di ritenzione nel giure romano. Si dimentica la legge del 30 ventoso anno XII, che bisogna incessantemente ricordare agli interpreti. Essa abroga

---

(1) Vi sono parecchie monografie sulla materia: CABRY, *Del diritto di ritenzione*, Parigi 1861; GLASSON, *Del diritto di ritenzione*, Strasburgo 1862; GISLAIN, *Delle spese e del diritto di ritenzione*, Namur.

le leggi romane nelle materie che formano oggetto del codice civile. Ora, il codice tratta del diritto di ritenzione, poichè in certi casi lo accorda; il che basta perchè il diritto romano non possa più essere invocato. Noi lo escludiamo perentoriamente. Se esso stabilisce il diritto di ritenzione come un diritto generale, lo ricusiamo, perchè il codice non conosce diritto di ritenzione a questo titolo. Se non ammette il diritto di ritenzione che in certi casi, lo eliminiamo ancora nei casi che il legislatore moderno non ha riprodotti, la legge sola avendo il potere di regolare questa materia. Sarebbe molto incerto ricorrere al diritto romano anche nei casi in cui la legge antica e la nuova legge consacrano il diritto di ritenzione, perchè il diritto romano differisce dal diritto moderno per quanto riguarda gli effetti dei contratti sinnallagmatici: esso non ammette la condizione risolutiva tacita che il codice civile sottintende. Il diritto romano differisce ancora dal nostro diritto in un punto essenziale. Esso si fonda sulla clandestinità, non si prende alcuna cura dei diritti dei terzi, ignora perfino l'idea di credito, mentre il nostro regime ipotecario ha per base la pubblicità, ed ha sempre in vista l'interesse dei terzi, che si confonde coll'interesse generale. Farsi forti del diritto romano per completare il codice civile in questa materia è ammettere uno strano anacronismo, retrocedere nientemeno che di venti secoli (1).

286. A nostro avviso, bisogna attenersi strettamente ai testi del codice. Parlare d'un diritto generale di ritenzione, quando il codice tace su questo preteso diritto, è impegnarsi in una via arbitraria, anzi illegale, poichè si usurpa il potere del legislatore. Di qui l'estrema incertezza che regna in questa materia: il che è inevitabile, ogni autore facendo la legge a modo suo. Non può parlarsi d'un diritto di ritenzione che nei casi in cui la legge l'accorda. Diciamo altrettanto degli effetti che produce il diritto di ritenzione. Come determinare gli effetti d'un diritto che il codice ignora? Tanto vale porsi fuori della legge, quando la missione dell'interprete è d'interpretarla. Consultiamo dunque i testi. In ogni caso che il codice prevede bisogna domandarsi cosa sia il diritto di ritenzione che la legge consacra, quali siano le condizioni richieste perchè esista, quali gli effetti che la legge vi attribuisce.

L'art. 867 dispone: « Il coerede che deve conferire un immobile in natura può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per spese e miglioramenti ». Ecco il diritto di ritenzione nella sua forma più semplice.

---

(1) È quello che però ha fatto RAUTER, *Del diritto di ritenzione* (*Rivista di legislazione*, 1839, X, p. 430; *Rivista straniera*, 1841, VIII, p. 769; *Rivista di diritto francese e straniero*, 1844, I, p. 565). Vedi *Rivista delle riviste di diritto*, t. III, pagina 160; BATTUR, t. I, n. 100. In senso contrario, COTELLE, *Privilegi e ipoteche*, n. 49.

Uno degli eredi è tenuto a conferire un immobile donatogli. I suoi coeredi gli devono tener conto delle spese che hanno migliorato la cosa. Per assicurare all'erede donatario il rimborso delle spese, la legge gli permette di ritenere il possesso dell'immobile fino a che i coeredi l'abbiano indennizzato. Questo diritto accordato all'erede è una garanzia. Trattasi di una garanzia reale, d'un diritto ch'egli possa opporre ai terzi? La questione non ha senso La collazione non è dovuta che dal coerede al coerede (articolo 857), e quindi non si può parlare di terzi. Tutto avviene fra coeredi. L'uno conferisce l'immobile, gli altri lo indennizzano delle sue anticipazioni. Vi ha qui un diritto di prelazione? La domanda, ancora una volta, non ha senso. L'erede, creditore dell'indennità, non è in conflitto con nessuno, come suppone l'art. 867. Non sono di fronte che un erede creditore e coeredi debitori. Perchè la legge dà il possesso all'erede creditore dell'indennità? Per una considerazione d'equità, come abbiamo detto altrove (vol. XI, n. 19).

Che cosa diventano le teorie degli autori di fronte a questo diritto di ritenzione? Ognuno ha il suo sistema. Colui che, a nostro avviso, si avvicina di più alla verità è il Larombière. Egli riannoda il diritto di ritenzione al principio sul quale è fondato il diritto di risoluzione (1), l'esistenza d'obbligazioni reciproche fra le parti interessate. Gli eredi possono esigere che il loro coerede donatario adempia l'obbligo della collazione senza ch'essi stessi soddisfacciano a quello d'indennizzarlo delle sue spese? Anche la teoria del Larombière non è direttamente applicabile nel caso dell'art. 867. Non vi ha alcuna *convenzione* fra i coeredi. I principii dei contratti sinallagmatici sono dunque fuori di questione.

287. Il venditore è tenuto a consegnare la cosa, e il compratore deve pagarne il prezzo. Ecco un contratto sinallagmatico ed obbligazioni reciproche. Se il venditore consegnasse la cosa e il compratore non ne pagasse il prezzo, il venditore potrebbe agire per la risoluzione o chiedere il pagamento del prezzo con privilegio. Egli ha un mezzo più semplice per tutelare i suoi interessi: non consegnare fino a che il compratore non paghi, il che costringerà costui a pagare per ottenere il possesso della cosa. In questo senso l'art. 1612 dispone che il venditore non è tenuto a consegnare la cosa se il compratore non ne paga il prezzo. Non è una risoluzione della vendita, ma una sospensione degli effetti che la vendita produce. Il diritto di ritenzione è sempre fondato sull'equità. Secondo lo stretto diritto il venditore dovrebbe fare la consegna, salvo ad agire poi per la risoluzione o pel pagamento del prezzo. L'equità indica una via più semplice che il legislatore consacra. Le due obbligazioni correlative si

(1) Larombière, *Teoria delle obbligazioni*, t. II, p. 468, n. 37 dell'art. 1186 (ediz. belga, t. I, p. 496).

eseguiranno simultaneamente: il venditore consegnerà la cosa e il compratore pagherà il prezzo.

Il diritto di ritenzione del venditore ha carattere di realità? È certo che nel testo non vi ha alcuna traccia d'un diritto reale. La legge suppone che il compratore chieda la consegna della cosa. Il venditore può opporgli un'eccezione: Pagate il prezzo e avrete la cosa venduta. Su che è fondata questa eccezione? Unicamente sull'equità, non certo sul diritto, perchè, secondo il diritto, il compratore è proprietario e può rivendicare la cosa sua contro il venditore il quale risponderebbe invano che il compratore non ha pagato il prezzo. Ciò non toglie ch'egli sia proprietario. Supponiamo che il compratore alieni la cosa come ne ha diritto. Il terzo acquirente rivendica contro il venditore. Questi potrà opporgli il suo diritto di ritenzione? No, certo, perchè il diritto di ritenzione suppone parti contraenti aventi ciascuna un'obbligazione correlativa a quella dell'altra parte. Questo diritto è fondato sull'equità. Ora, il terzo acquirente non è obbligato verso il venditore primitivo, e invano questo invocherebbe l'equità. Il proprietario risponderebbe che il suo diritto equivale all'equità, e che l'equità d'altronde non è in causa. Strapotente fra parti contraenti, essa non ha alcun valore a riguardo dei terzi (1).

Si obbietta il testo del codice che, si dice, permette al venditore d'opporre il suo diritto ai terzi creditori. Il compratore fallisce o diviene insolvente. Secondo l'art. 1613, il venditore non è obbligato alla consegna, quand'anche avesse accordato un termine. La legge ne dà la ragione, ed è che il venditore si troverebbe, in questo caso, in imminente pericolo di perdere il prezzo. Dunque quando i creditori del compratore reclamano la consegna, il venditore può opporre loro il suo diritto di ritenzione (2). Rispondiamo che la disposizione dell'art. 1613 si spiega senza che si debba indurne che il diritto di ritenzione è un diritto reale. Finchè il compratore non paga il prezzo, il suo diritto di proprietà può essere risolto, e la risoluzione reagisce contro i terzi, poichè si ritiene che il compratore non sia mai stato proprietario, e quindi il venditore conserva un diritto di proprietà condizionale sulla cosa. È in forza di questo diritto di proprietà ch'egli può respingere i creditori del compratore. non in forza del suo diritto di ritenzione. In altri termini, se il compratore fallisce, la legge stessa risolve la vendita, finchè la cosa non è stata consegnata, perchè sarebbe ingiusto che il venditore fosse spogliato della cosa senza riceverne il prezzo.

288. L'art. 1673 accorda il diritto di ritenzione al compratore quando la vendita è stata fatta con patto di riscatto. Il venditore che usa del suo diritto di risoluzione deve rimborsare il

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 259, n. 260.
(2) MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 687, n. 224.

prezzo e le riparazioni necessarie ed utili. Egli non può entrare in possesso che dopo aver soddisfatto a tali obbligazioni. Questo diritto di ritenzione è un diritto reale che il compratore può opporre ai terzi? Supponiamo che il venditore abbia ipotecato l'immobile. L'ipoteca sarà valida se la vendita viene risolta. Il creditore ipotecario procede contro il compratore. Può questi opporgli il suo diritto di ritenzione? Tutti sono d'accordo sul diritto del compratore. Egli può esigere che il creditore soddisfaccia alle obbligazioni che l'art. 1673 impone al venditore. Quale è il motivo di decidere? Ecco la vera difficoltà. La vendita con patto di riscatto è una vendita fatta sotto condizione risolutiva espressa. Essa è risolta quando il venditore usa del patto. Ma l'esercizio del riscatto è sottoposto a condizioni. La risoluzione è condizionale nel senso che è subordinata all'adempimento delle obbligazioni che l'art. 1673 impone al venditore. Finchè queste obbligazioni non sono adempite, la risoluzione resta in sospeso. L'acquirente è dunque proprietario condizionale. Così l'acquirente ha più che un diritto di ritenzione, egli è proprietario e non può essere spogliato del suo diritto di proprietà che sotto la condizione che gli sia restituito il prezzo e che sia indennizzato delle spese. Se un creditore ipotecario procede contro di lui, egli può opporgli il suo diritto di proprietà perchè l'ipoteca non è valida che sotto la condizione che la proprietà sia risolta. Ora, essa non lo è che mediante la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese necessarie ed utili. Così è il diritto di proprietà del compratore che tiene in iscacco il diritto del creditore ipotecario, non il semplice diritto di ritenzione (1).

289. L'art. 1749 accorda agli affittuarii o locatarii il diritto di ritenzione, stipulato nella locazione, contro l'acquirente che usa del diritto di espellerli. Il conduttore ha diritto, in questo caso, ad una indennità: egli non può essere espulso finchè non sia pagato dal locatore e, in sua mancanza, dal nuovo acquirente dei danni ed interessi ai quali ha diritto. Dal fatto che il conduttore può opporre il suo diritto di ritenzione all'acquirente che è un terzo si deve indurne che la ritenzione sia un diritto reale? Nella specie, l'acquirente non è un terzo. Per qual motivo il conduttore ha diritto ad una indennità, e perchè l'acquirente deve soddisfarla, in mancanza del locatore? Perchè, secondo la teoria del codice, l'acquirente è surrogato nelle obbligazioni del locatore, egli prende quindi il suo posto e, per conseguenza, non è un terzo. Non si può dunque dire che il diritto di ritenzione del conduttore sia un diritto reale opponibile ad ogni terzo.

290. Non diciamo nulla del diritto di ritenzione che la legge accorda al depositario sino all'intiero pagamento di ciò che gli

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 259, n. 260. In senso contrario, MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 683, n. 223.

è dovuto per causa del deposito (art. 1948). Si tratta d'un diritto sopra un mobile, e questo diritto non è certo reale. Non si dirà che il depositario ha un diritto reale sulla cosa perchè la legge gli permette di ritenere la cosa depositata onde assicurare il pagamento delle spese necessarie che ha fatte sulla medesima.

291. Il diritto di ritenzione del creditore anticretico (articolo 2087) ha sollevato le più vive questioni. Rimandiamo a quanto dicemmo al titolo del *Pegno*. Si fa un'obbiezione che si dice decisiva, cioè che il legislatore stesso ha troncato la difficoltà. L'art. 445 del nuovo codice di commercio (legge del 18 aprile 1851) dichiara nulli relativamente alla massa, quando sono stati fatti dopo la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni precedenti tutte le ipoteche e tutti i diritti d'*anticresi* o di pegno, costituiti sui beni del debitore, per debiti anteriormente contratti. La legge equipara l'anticresi all'ipoteca, il che implica che il creditore anticretico può opporre il suo diritto di ritenzione alla massa; e quindi è un diritto reale. Rispondiamo che la legge sui fallimenti è una legge tutta speciale, che non può servire ad interpretare il codice civile. La disposizione dell'art. 445 è la riproduzione della legge francese sui fallimenti, e in Francia l'anticresi è generalmente considerata come un diritto reale. Tuttavia la questione è controversa, e la controversia sussiste dopo il nuovo codice di commercio. Nel Belgio domina l'opinione contraria, la quale è stata consacrata implicitamente dalla nostra legge ipotecaria, emanata l'anno stesso della legge sui fallimenti. Bisogna dunque lasciar da parte il codice di commercio e interpretare il codice civile coi principii generali di diritto. Noi crediamo di aver dimostrato che i principii non lasciano alcun dubbio sulla natura del diritto dell'anticresista.

292. Quale sarà la nostra conclusione? I testi che consacrano il diritto di ritenzione attribuiscono un diritto reale a colui che è autorizzato a conservare il possesso d'un immobile fino al pagamento di quanto gli è dovuto dal proprietario della cosa? Di tutti gli articoli che abbiamo percorsi non ve ne ha che un solo, l'art. 1613, il quale permette al possessore dell'immobile d'opporre il suo diritto di ritenzione ai terzi creditori. La legge non dice che il venditore può opporre il suo diritto a qualunque terzo: dunque non si tratta di un diritto reale: essa dice soltanto che il venditore può opporre il suo diritto ai creditori del compratore fallito o divenuto insolvente. Abbiamo osservato come la preferenza che la legge accorda al venditore sui creditori del compratore si spiega in diritto colla considerazione che il venditore il quale non ha consegnato la cosa al compratore resta proprietario nel senso che la vendita può essere risolta, e quando il compratore fallisce ogni pagamento diviene impossibile. Quand'anche non si ammettesse questa spiegazione, quand'anche si decidesse che il venditore può opporre il suo diritto di ritenzione ai creditori, non

come venditore e proprietario, ma in forza del diritto di ritenzione che la legge gli accorda, non si potrebbe indurne che la ritenzione è un diritto reale. Anche la locazione può essere opposta al compratore, eppure la locazione non dà al conduttore che un diritto di credito contro il locatore. I testi non decidono dunque la difficoltà, e bisogna ritornare ai principii. Ora, vi ha un principio che non è contestato, cioè che i diritti reali i quali colpiscono un immobile attribuiscono il diritto di evizione. Il diritto di ritenzione conferisce il diritto di evizione? Evidentemente no, poichè il diritto che la legge accorda consiste precisamente nel ritenere la cosa. Bisognerebbe dunque dire che il diritto di ritenzione è un diritto reale di natura affatto speciale. Ma su che si fonda questa realità imperfetta? Sui testi? Non ve ne sono. Sui principii? Si dice che il diritto di ritenzione è una garanzia, e che, per essere efficace, la garanzia deve essere reale (1). Gli interpreti che fanno questo ragionamento dovrebbero cominciare a provare che il legislatore ha voluto dare una garanzia completa a coloro che godono del diritto di ritenzione. Se l'avesse voluto, avrebbe accordato loro un privilegio armato del diritto di evizione. Ora si conviene che il ritentore non ha nè privilegio, nè diritto di evizione (2). Sono dunque gli interpreti che suppongono che la garanzia deve essere completa, e che ne conchiudono che deve essere reale. Essi dimenticano la loro parte ed usurpano il diritto del legislatore. La legge sola può determinare l'estensione della garanzia ch'essa unicamente ha il potere d'accordare. Agli uni dà una preferenza a riguardo di tutti i terzi, agli altri non accorda che una preferenza a riguardo dei creditori chirografari. V'hanno infine di quelli, e sono precisamente coloro che hanno diritto alla ritenzione, ch'essa protegge unicamente contro il proprietario che reclama la sua cosa e che ha delle obbligazioni da adempiere verso il possessore, relativamente a questa cosa. Con qual diritto gli interpreti estendono ai terzi una garanzia che la legge ha limitata alle parti contraenti?

Gli è, si dice, che gli aventi causa non hanno altro diritto che quello del loro autore. Ora, se il debitore deve rispettare il diritto di ritenzione del creditore, dev'essere lo stesso di coloro ai quali egli trasmette diritti sulla cosa che è gravata dal diritto di ritenzione (3). Senza dubbio, se il diritto di ritenzione gravasse la cosa che il creditore ritiene, gli acquirenti e i creditori ipotecarii posteriori non potrebbero esercitare il loro diritto che sulla cosa così gravata e smembrata. Ma se la cosa non è gravata, se il solo debitore è tenuto, se il creditore non ha che un

(1) VALETTE, *Dei privilegi e delle ipoteche*, p. 8, n. 7. MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 663, n. 215.

(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 495, n. 1245.

(3) DURANTON, t. XIX, p. 9, n. 8. MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 495, n. 1244. PONT, *Piccoli contratti*, t. II, p. 711, n. 1292.

diritto personale, è evidente che gli acquirenti e i creditori ipotecarii non sono vincolati dall'obbligazione che lega il loro autore. Si applica dunque falsamente la massima la quale non permette di trasmettere ad altri maggiori diritti di quelli che abbiamo noi stessi. Questo principio, verissimo quando si tratta di diritti reali, non può essere invocato contro gli aventi causa da colui che si è obbligato personalmente. Le obbligazioni passano agli aventi causa a titolo universale, non si trasferiscono agli aventi causa a titolo particolare. Non insistiamo su questo punto che è essenziale per quanto elementare. Al titolo del *Pegno* abbiano già risposto all'obbiezione (vol. XXVIII, n. 338).

Così i testi non stabiliscono la realità del diritto di ritenzione, e secondo i principii questo diritto è personale (1).

II. — In quali casi esiste il diritto di ritenzione?

293. Le opinioni sono divise su tale quistione come su tutto quanto riguarda il diritto di ritenzione. Se si ammette che il diritto di ritenzione è reale, ne risulta pel ritentore un diritto di prelazione che non ha tutti i caratteri del privilegio, ma che attribuisce però al creditore il diritto d'esigere il pagamento del proprio credito preferibilmente ai terzi acquirenti e ai creditori. Secondo questa opinione, ci pare evidente che il diritto di ritenzione non esiste che in forza d'una disposizione formale della legge, come risulta dal principio consacrato dagli articoli 2093 e 2094 (legge ip., art. 8 e 9). L'eguaglianza dei creditori è la regola, la preferenza di cui alcuni godono a riguardo degli altri è un'eccezione (n. 283), e la legge limita l'eccezione ai privilegi ed alle ipoteche.

Per sfuggire al testo degli articoli 2093 e 2094 si è tentato di ripararsi sotto i principii generali, reclamando il beneficio del diritto comune. Quale è questo diritto comune? Ecco il principio che si invoca. Nei casi, si dice, in cui due obbligazioni esistono correlativamente l'una all'altra, nessuno dei due debitori può essere costretto ad eseguire la sua obbligazione se l'altro debitore non ha già eseguito o non offre d'eseguire la sua. Questa argomentazione suppone innanzi tutto che, in tutti i casi in cui vien reclamato il diritto di ritenzione, esista una convenzione bilaterale che generi obbligazioni correlative a carico di ciascuna delle parti contraenti. Ora, il diritto di ritenzione ha luogo, in forza della legge, in un caso in cui nessuna convenzione è intervenuta fra le parti (art. 867) e in un caso in cui

(1) Troplong, *Del pegno*, n. 442 e seg., 552 e seg.; Troplong, *Dei privilegi e delle ipoteche*, t. I, n. 255 e seg.; Larombière, *Obbligazioni*, t. II, n. 46 dell'articolo 1186 (p. 500 dell'edizione belga, t. I). Cfr. Bruxelles, 13 marzo 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 222).

l'una soltanto delle parti è obbligata (art. 1948), e gli autor l'ammettono in altri contratti unilaterali. L'argomentazione pecca dunque nella sua base. Per giustificare un diritto generale occorre una ragione generale. Non basta. Anche supponendo che vi siano due obbligazioni correlative, non si potrebbe conchiuderne che il diritto di ritenzione ne sia la conseguenza. Ogni debitore è obbligato a prestare ciò che deve; egli non può opporre al creditore che esso è suo debitore, a meno che non si trovi nei casi in cui la legge permette la compensazione. Solo per eccezione il debitore può ritenere la cosa che deve restituire, fondandosi sopra una obbligazione che incombe al creditore. Così, anzichè essere un diritto generale, la ritenzione è un diritto eccezionale; il che non permette all'interprete di estenderlo fuori dei casi previsti dalla legge. Il preteso principio generale che ci si oppone non è ammissibile nemmeno nei contratti sinallagmatici, benchè le obbligazioni che ne risultano siano correlative, al punto che l'una sia condizione dell'altra. Ciò non toglie che ciascuno dei debitori sia tenuto ad adempiere la propria obbligazione. Tutto quello che, per principio, egli ha il diritto di fare, è di costringere l'altra parte ad adempiere le sue. Egli non potrebbe nemmeno, secondo il rigore del diritto, chiedere la risoluzione del contratto. Se il codice civile lo permette, è per equità. Ciò prova che l'equità che si invoca anche per giustificare il diritto di ritenzione non conferisce alcun diritto. Fu necessaria una disposizione formale della legge per sottintendere la condizione risolutiva nelle convenzioni bilaterali. E occorrerebbe una disposizione formale anche per autorizzare il diritto di ritenzione, perchè questo diritto deroga egualmente al rigore dei principii per ragioni d'equità. Queste considerazioni s'indirizzano al legislatore. L'interprete non può ascoltare l'equità: egli deve obbedire alle leggi ed ai principii che ne derivano (1).

Si pretende che la legge fa dell'equità un principio generale, poichè, a termini dell'art. 1134, le convenzioni devono essere eseguite in buona fede (2). Questa disposizione autorizza forse il debitore a sospendere l'esecuzione della sua obbligazione fino a che il creditore abbia adempiuto la sua? Tutto ciò che la legge vuol dire si è che, nella legislazione moderna, non vi sono più contratti di stretto diritto e contratti di buona fede. La buona fede è divenuta una regola generale di cui si deve tener conto in tutte le convenzioni. Che cosa ha ciò di comune col diritto di ritenzione? Quello che prova che l'art. 1134 è estraneo alla questione si è che vi hanno casi in cui la legge ammette il diritto di ritenzione senza che vi sia un contratto. Tale è l'art. 867 e diremo come la dottrina l'ammette in favore del possessore di buona fede, sempre indipendentemente da veruna convenzione.

---

(1) MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 729 e seg., n. 231.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 115, nota 5, § 256 *bis* (IV ediz.).

Bisogna dunque lasciar da parte la massima formulata dall'articolo 1134. È una di quelle interpretazioni forzate alle quali gli interpreti ricorrono per attribuire alla legge quello ch'essa non dice. Se prevalesse questo sistema d'interpretazione, si finirebbe all'arbitrio più assoluto. Ogni interprete si farebbe legislatore e vi sarebbero altrettanti codici quanti sono gli scrittori. Domandiamo se è questo lo scopo della codificazione. Il legislatore ha voluto metter fine all'arbitrio ed alla pretesa equità dei parlamenti, forse per sostituirvi l'arbitrio e l'equità della dottrina? Vedremo a quale anarchia conduca questa falsa interpretazione nella nostra controversia. Gli autori non s'intendono nè sul principio nè sulle applicazioni.

294. In quali casi e sotto quali condizioni si può ammettere il diritto di ritenzione? La domanda è già per sè singolare. In diritto, non si tratta di quello che il giudice può, ma di quello che deve fare. E può parlarsi di ciò che deve fare quando non vi ha alcuna legge? Eppure tale è la situazione del giudice quando decide se vi ha luogo o meno al diritto di ritenzione. Egli può ammetterlo o respingerlo, senza che la sua pronunzia sia soggetta a cassazione. Così vi ha un diritto che non avrebbe nessuna sanzione, nel senso che il giudice può disconoscerlo impunemente come può ammetterlo arbitrariamente! Gli occorre però un principio, poichè è obbligato a motivare le sue decisioni. Quale è questo principio?

Coloro i quali ammettono il diritto di ritenzione come regola generale dicono che può essere esteso a tutte le ipotesi in cui il detentore della cosa si trova creditore per spese necessarie ed utili fatte sulla cosa stessa di cui gli vien chiesta la restituzione. Vi ha, in questo caso, *debitum cum re junctum*, come si dice nella scuola, il che giustifica il diritto di ritenzione. In applicazione di questo principio, si esigono tre condizioni per far luogo al diritto di ritenzione. Anzitutto il possesso della cosa altrui da parte di un terzo. In secondo luogo, un'obbligazione da parte del proprietario verso il detentore. Ma non ogni sorta di credito basta per autorizzare il detentore a ritenere la cosa. Bisogna che il credito si riannodi al rapporto intercedente fra il possessore e il proprietario, vale a dire che sia correlativo all'obbligazione a cui è tenuto il detentore di restituire la cosa. L'erede donatario deve conferire alla successione la cosa donata. Egli ha fatto su questa cosa delle spese per le quali ha diritto ad indennità, il che costituisce una obbligazione a carico dei suoi coeredi, obbligazione correlativa a quella della collazione. Di qui il diritto di ritenzione in favore dell'erede donatario (1).

Non basta, dicono Aubry e Rau; bisogna ancora che esista

---

(1) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. III, p. 115, nota 4, § 256 *bis*. Bisogna aggiungere MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 494, n. 1241; PONT, *Piccoli contratti*, t. II, p. 709, nn. 1287 e 1288.

fra il possessore e il proprietario un contratto o un quasi-contratto. Secondo il loro sistema, ciò è perfettamente logico. Essi basano il diritto di ritenzione sull'art. 1134; il che suppone l'esistenza d'un contratto, o almeno d'un quasi-contratto. Ma il fondamento del sistema è poco solido, poichè l'interpretazione che si dà all'art. 1134 è forzata. In sostanza ci troviamo nella più assoluta incertezza, quanto al principio, e, per conseguenza, quanto alle condizioni del diritto di ritenzione; il che è inevitabile. Il codice ignora il diritto di ritenzione come diritto generale. Gli interpreti hanno forse veste per stabilire un diritto e determinare le condizioni richieste per il suo esercizio? Se il principio è incerto, s'intende che anche le applicazioni saranno mal sicure. Facciamoci dunque ad esporre, non la dottrina, ma le incertezze della dottrina.

295. Il comodatario ha il diritto di ritenzione? Consultiamo innanzi tutto la legge. Se, dice l'art. 1890, il conduttore è obbligato, per conservare la cosa, ad incontrare qualche spesa straordinaria, di indispensabile e urgente, il comodante sarà tenuto a farne il rimborso. L'art. 1891 soggiunge che, quando i difetti della cosa comodata hanno recato pregiudizio a colui che se ne serve, il comodante è responsabile, se li conosceva e non ne ha avvertito il comodatario. Secondo il testo del codice, l'azione del comodatario è puramente personale. Non vi ha parola dalla quale si possa indurre che il comodatario goda d'un diritto di ritenzione che darebbe alla sua azione un carattere di realità. Eppure la maggior parte degli autori gli accordano questo diritto (1). Su che lo fondano? Si invoca la tradizione. A nostro avviso, essa attesta contro coloro che vi cercano un appoggio. Pothier, guida abituale degli autori del codice, insegna che il depositario e il comodatario hanno un diritto di ritenzione. Che ha fatto il legislatore francese? Ha accordato la ritenzione al depositario e non al comodatario. Il silenzio della legge è significante. Infatti, l'equità, che ha tanta parte in questa materia, sta a favore del depositario e contro il comodatario. Il primo rende un servizio, e sarebbe odioso che il deponente potesse reclamare la cosa sua senza che il depositario avesse una garanzia pel rimborso delle spese rese necessarie dal deposito, mentre il comodatario riceve un servigio, e sarebbe altrettanto odioso che potesse ritenere la cosa e privarne colui che gli prestò il servigio, per trasformare il comodato in pegno. Per giustificare il diritto di ritenzione non si può dare altra ragione che il principio delle obbligazioni correlative e convenzionali, ma questo principio è un parto della dottrina e la legge lo ignora affatto. In ogni caso, l'applicazione che se ne fa non prova in favore del principio dal quale essa deriva. Il contratto di comodato, si dice, deve essere eseguito in buona

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 115, nota 6, § 256 *bis*, e gli autori che citano.

fede. Senza dubbio, ma la buona fede permette forse al donatario di prevalersi della donazione per recare un danno al donante? Se si tratta di spese necessarie, ha un privilegio. Se si tratta d'un danno recato dai difetti della cosa, ha l'azione nascente del quasi delitto. Perchè godrebbe, per questo titolo, d'un diritto di prelazione? (1).

296. Il mandatario gode del diritto di ritenzione? A termini dell'art. 1999, il mandante deve rimborsare il mandatario delle anticipazioni e delle spese che questi ha fatto per l'esecuzione del mandato, e pagargli il compenso se è stato convenuto. Il mandatario ha un diritto di ritenzione per garanzia di tali crediti? La stessa questione si presenta per il gerente d'affari che ha pure un'azione contro l'interessato, anzitutto per essere indennizzato delle obbligazioni personali che ha assunto, e poi per il rimborso delle spese necessarie ed utili che ha fatto (articolo 1375). La dottrina risponde di sì e di no, e così pure la giurisprudenza. Vi hanno alcuni che distinguono fra il mandatario e il gerente d'affari, e attribuiscono al primo il diritto di ritenzione che rifiutano al secondo. Poi si distinguono le diverse cause dei crediti. Il mandatario, si dice, ha il diritto di ritenzione per il ricupero delle sue anticipazioni o spese borsuali, ma non pel pagamento dei suoi compensi od onorarii. Se consultiamo la giurisprudenza, l'incertezza aumenta. La stessa Corte accorda e nega il diritto di ritenzione.

Si legge in una sentenza della Corte di Bruxelles: « In tutti i contratti e cioè tanto in quelli sinallagmatici quanto in quelli da cui nascono azioni dirette e contrarie come nel deposito, mandato ed altri di simil natura, è principio che l'una delle parti non può costringere l'altra all'adempimento del contratto a meno che essa non l'abbia alla sua volta adempito ». Vorremmo chiedere alla Corte quale è l'articolo del codice Napoleone che stabilisce questo principio? Ciò che è di principio in un caso non lo è più in un altro. Nel 1817 la Corte di Bruxelles consacra il diritto di ritenzione come diritto generale, ch' essa applica al mandato (2). Nel 1819 lo rifiuta al mandatario amministratore, pel motivo che, non avendo egli se non una specie di detenzione dell'immobile pel proprietario, non può invocare le disposizioni delle leggi sul diritto di ritenzione, a favore dei veri possessori in conseguenza delle spese e dei miglioramenti (3). Ecco un nuovo principio, in forza del quale bisognerebbe decidere che il depositario non ha il diritto di ritenzione. Eppure la legge glielo attribuisce! Questi pretesi principii, che si immaginano pel bisogno della causa, non provano che una cosa, la mancanza di ogni principio.

Alla sentenza della Corte di Bruxelles, che fa della ritenzione

(1) MOURLON, *Esame critico*, t. II, p. 736, n. 231.
(2) Bruxelles, 13 novembre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 513).
(3) Bruxelles, 27 ottobre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 469).

un principio generale, opporremo una sentenza della Corte di Bordeaux che nega questo principio. Non esiste nei nostri codici, essa dice, nessuna disposizione legale che autorizzi un creditore a ritenere i beni del suo debitore fino al pagamento di ciò ch'egli pretende gli sia dovuto. Il primo giudice aveva accordato al mandatario il diritto di ritenzione per le sue anticipazioni sugli oggetti a lui affidati. Si ha un bel percorrere, risponde la Corte, tutti gli articoli del codice, al titolo del *Mandato*; non vi si trova nulla che stabilisca questo privilegio esorbitante dal diritto comune, della ritenzione dei beni del debitore, a vantaggio del creditore. Il codice dice bensì che il mandatario deve essere rimborsato delle sue anticipazioni, ma non va oltre. Esso lascia dunque il mandatario nei termini del diritto comune, in quanto riguarda i mezzi cui ricorrere per farsi pagare delle sue anticipazioni (1). Ecco, a nostro avviso, i veri principii, perchè si fondano su testi. Tuttavia nella dottrina e nella giurisprudenza è prevalsa l'opinione contraria (2).

Secondo l'avviso generale, si riconosce il diritto di ritenzione al procuratore, quale mandatario, con nuove distinzioni, che constatiamo senza incaricarci di giustificarle, e coloro che le propongono non se ne sono dati la pena. I procuratori, si dice, possono ritenere, fino al pagamento dei loro onorarii e delle spese, gli atti di procedura che sono opera loro, ma non possono ritenere i titoli ed altri atti che vennero loro affidati. Quanto agli atti e alle sentenze estratte o regolarizzate a loro spese, possono pure ritenerle fino al pagamento delle somme all'uopo sborsate, ma non possono farlo pei loro onorari. Tuttavia è permesso loro di ritenerle per far tassare e liquidare le spese che sono loro dovute (3).

297. Si ammette il diritto di ritenzione anche in favore dell'operaio o del fabbricante, al quale sono state affidate sia materie prime da confezionare, sia cose da riparare. Egli può ritenere, si dice, gli oggetti confezionati o riparati fino al pagamento dei suoi salarii (4). Non vi ha una parola di questo preteso diritto nella legge: eppure la legge si occupa degli operai, e dà loro un privilegio pei lavori di conservazione (art. 2102, n. 3, legge ip., art. 20, 4.°). Così gli interpreti aggiungono alla legge, la correggano. La legge rifiuta un privilegio agli operai che fanno lavori di miglioria. Forse ha torto, ma non spetta ai giudici modificarla. Eppure essi la modificano accordando agli operai, sotto il nome di *ritenzione*, un diritto di prelazione che equivale ad

---

(1) Bordeaux, 14 gennaio 1830 (DALLOZ, v. *Mandat*, n. 261).

(2) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. III, p. 116, nota 7, § 256 *bis* e la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Mandat*, n. 259.

(3) Vedi le autorità citate da LAROMBIÈRE, *Obbligazioni*, t. II, art. 1186, n. 40, p. 498 dell'edizione belga, t. I.

(4) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. III, p. 116, nota 11. Bisogna aggiungere Bruxelles, 13 marzo 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 222).

un privilegio e che è anzi più efficace, poichè il privilegio si perde coll'alienazione della cosa che ne è gravata. I tribunali non decidono più secondo la legge, ma creano la legge. Se ne giudichi dalla sentenza della Corte di Rouen che andiamo ad esaminare.

Si trattava d'un fabbricante che imbiancava le tele rimessegli da un negoziante. Questi fallì. Il sindaco reclamò giudizialmente le tele che erano rimaste in possesso dell'imbiancatore. Costui oppose il suo diritto di ritenzione, ch'egli chiamava pegno. Il primo giudice respinse l'eccezione pel motivo che non vi erano altri privilegi all'infuori di quelli stabiliti da una legge. Fu prodotto appello. La Corte comincia col porre il principio che le formalità prescritte dall'art. 2074 pel pegno devono essere osservate nelle materie commerciali. Ma, soggiunge, questo principio generale è suscettibile di modificazione, secondo le circostanze e secondo i casi. Ecco uno strano principio! Chi è giudice di queste circostanze? I tribunali, il che equivale a dire che i tribunali fanno il diritto a modo loro. La Corte decide poi che l'art. 2084 accorda implicitamente il privilegio del pegno al creditore che reclama il salario della sua mano d'opera, e che ritiene come pegno la mercanzia che gli è stata data da preparare. Ciò conduce a creare un privilegio che non è soggetto alle formalità dell'articolo 2074; di modo che i terzi si troveranno posposti ad un privilegio senza che abbiano goduto delle garanzie che la legge ha voluto dar loro. La Corte conchiude, che un simile pegno è valido, tanto per la *natura delle cose* quanto per l'*uso abituale del commercio*. Così i privilegi si stabiliscono per la *natura delle cose!* E basta un *uso del commercio* per consacrarli! Che cosa diviene, secondo questa dottrina, se può chiamarsi dottrina, il vero principio che governa i privilegi, cioè ch'essi sono di stretta interpretazione e che, per conseguenza, non vi ha privilegio senza testo? Cosa singolare! Dopo aver creato un privilegio che la legge ignora, la Corte soggiunge che ogni privilegio è un diritto esorbitante, e che deve essere ristretto nei limiti giusti ed equi. Chi traccia questi limiti? Sempre i tribunali. Non può essere la legge, nella specie, poichè la legge non conosce il privilegio dei lavori di miglioria. La *natura delle cose*, vale a dire il giudice, crea il privilegio, e la *natura delle cose* lo limita. Poi la Corte si mette a limitare il detto privilegio, e finisce col conchiudere che il creditore può, nei casi così definiti, reclamare un privilegio siccome validamente garantito dalla *natura delle cose* e delle *circostanze* (1). Ecco che cosa diviene la giurisprudenza quando vuol creare la legge!

298. Aubry e Rau non ammettono il diritto di ritenzione ove non vi sono rapporti contrattuali o quasi-contrattuali d'un debitore e di un creditore. Anche questo principio ch'essi deducono

---

(1) Rouen, 9 giugno 1826 (DALLOZ, v. *Rétention*, n. 18).

dall'art. 1134 è arbitrario, anzi in opposizione col testo della legge, poichè il codice accorda il diritto di ritenzione all'erede donatario contro i suoi coeredi, benchè non vi sia fra loro alcun vincolo d'obbligazione. Del resto è un'opinione isolata. Vi hanno nuove controversie e nuove incertezze. Il terzo possessore evitto dal proprietario ha diritto ad una indennità, quando è in buona fede, per le costruzioni e piantagioni che ha fatte. Anche quando è di mala fede il proprietario deve indennizzarlo se vuol conservare i lavori. Il possessore gode del diritto di ritenzione come garanzia della sua indennità? Secondo la nostra opinione la negativa è certa. Il silenzio della legge basta per decidere la questione. Secondo l'opinione generale vi ha controversia. La maggior parte degli autori accordano la ritenzione al possessore di buona fede e la rifiutano al possessore di mala fede (1). La distinzione sembra naturale e morale, ma, in realtà, non ha ragion d'essere. Infatti, in qual caso e sotto quale condizione il possessore di mala fede può reclamare una indennita? Il proprietario può chiedere la soppressione delle piantagioni e costruzioni a spese di colui che le ha fatte. Se preferisce conservarle, deve rimborsare al possessore il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera, quand'anche le spese ne eccedessero l'ammontare come avverrà il più delle volte. Il codice considera dunque questa indennità come legittima, e pare anzi che le accordi un favore più grande di quel che dimostra al possessore di buona fede. Ciò prova che la mala fede e la morale sono fuori di causa. L'equità è per il possessore. Se basta l'equità per legittimare il diritto di ritenzione, si deve accordarlo al possessore evitto. Ma la legge non lo dà al possessore, il che basta per rifiutarglielo. E il legislatore ha fatto bene a negarlo. La posizione del proprietario rivendicante è già troppo gravosa poichè deve pagare una indennità per lavori che forse non avrebbe fatti. Obbligarlo ad indennizzare il possessore prima che possa rientrare in possesso sarebbe metterlo sovente nell'impossibilità d'esercitare il suo diritto o costringerlo a contrarre un mutuo. La legge doveva la sua protezione preferibilmente al diritto di proprietà che al fatto del possesso (2).

299. La controversia è più viva ancora e l'incertezza più grande quando si tratta del terzo detentore d'un immobile ipotecato. Egli può ripetere le spese e miglioramenti contro i creditori ipotecarii fino a concorrenza del maggior valore (articolo 2175, legge ip. art. 103). Ha egli, per questo titolo, un diritto di ritenzione? Esporremo i diversi sistemi che si sono sostenuti sulla questione. Essi proveranno fino all'evidenza che la dottrina si è posta fuori della legge; il che vuol dire che

(1) Vedi Rauter, *Del diritto di ritenzione* (*Revue étrangère*, 1841, p. 782).
(2) Cfr. Tarrible nel *Repertorio* di Merlin, v. *Privilegio di credito*, sez. IV, § V, n. II (t. XXV, p. 202).

ha tentato di farla, ma la fa malissimo. L'un sistema distrugge l'altro, e resta il dubbio, senza possibile soluzione, a meno che non si ammetta, come crediamo, che non vi ha diritto di ritenzione senza una legge che l'accorda.

Secondo una prima opinione, si dice che il terzo detentore ha il diritto di ritenzione. E i motivi d'equità non mancano in suo favore. È un proprietario che fa i lavori che aveva il diritto di fare. Questi lavori aumentano il valore dell'immobile, ed il maggior valore profitta ai creditori ipotecarii. Non è della più stretta giustizia che i creditori tengano conto delle spese di cui s'arricchiscono? Il diritto all'indennità non basta. Occorre una garanzia al terzo detentore, e non vi ha altra garanzia che la ritenzione dell'immobile. È vero che la legge non gli dà questo diritto, ma che importa? Non sta il *principio* che la ritenzione spetta di pien diritto ad ogni detentore che ha conservato e migliorato il fondo di cui si vuole evincerlo? (1). Ecco ancora un *principio*. Questo è evidentemente immaginato per il bisogno della causa. Non accade lo stesso di tutti i principii che gli autori mettono avanti? Ciascuno ha il suo e respinge quello degli altri. È la più completa anarchia.

La seconda opinione rifiuta al terzo detentore la ritenzione, per la ragione decisiva che la legge non gli accorda questo diritto. Ma, per una inconcepibile contraddizione, si accorda al detentore un privilegio, benchè pel privilegio si possa dire quello che si dice della ritenzione, cioè che non vi ha privilegio senza legge. E dove sta la legge che accorda un privilegio al terzo detentore? Ciò che rende queste contraddizioni più stridenti e, diciamolo, più affliggenti è ch'esse sono insegnate da un giureconsulto che si paragonava ai nostri grandi maestri, e che giunse pel suo valore al seggio di primo presidente della Corte di cassazione di Francia (2). Quale scienza è mai quella che professa le eresie insegnate dal Troplong con un tono di certezza tale, che si crederebbe trattarsi d'una verità *evidente!* È lui che pronuncia questa parola. Vediamo quale sia questa evidenza. Pothier e Loyseau accordavano al terzo detentore un privilegio sull'immobile di cui era evitto. Ora, nulla fa presumere che questa giurisprudenza sia stata abbandonata dagli autori del codice. Quale logica! *Nulla fa presumere!* Troplong dimentica che vi ha una legge la quale abolisce l'antico diritto nelle materie trattate dal codice. Non è dunque più il caso di *presumere*; il legislatore ha parlato. Non lo si ascolta, e si insegna essere *evidente*, che accordando al terzo detentore un'azione fino a concorrenza del maggior valore, *al momento in cui l'immobile sta per essere venduto* e il prezzo distribuito, la legge ha inteso conferirgli il diritto di

---

(1) Tarrible (vedi p. 253, nota 2), seguito da Battur, t. III, nn. 491-507.

(2) Troplong non ha fatto che sviluppare (n. 838) quello che avevano insegnato Grenier (t. II, n. 336) e Persil (*Regime ipotecario*, art. 2175, n. 6).

esercitare la ripetizione sul prezzo, preferibilmente ai creditori ipotecari. È evidente! E questa pretesa evidenza non è nemmeno una probabilità. Certa è invece la probabilità contraria. Ma come? Gli autori del codice avevano Pothier sotto gli occhi, e non ripetono quello ch'egli dice, tacciono sul privilegio; e questo *silenzio* diviene una *prova evidente* della loro intenzione di mantenere il privilegio! I privilegi si stabiliscono sull'*intenzione* del legislatore o sui testi? E chi ci dice che tale sia stata l'intenzione degli autori del codice? Gli è, si osserva, perchè essi danno al terzo detentore una indennità *al momento in cui l'immobile si vende* e se ne distribuisce il prezzo. In quale altro momento, domanderemo noi, gli avrebbero essi attribuito questo diritto? È forse il momento in cui un diritto nasce che determina la natura di questo diritto? Troplong prevede l'obbiezione che gli si farà, il silenzio della legge. Egli risponde che la prelazione non aveva bisogno d'essere scritta nei testi, perchè è inerente al maggior valore. Così vi sono privilegi taciti! Ecco un'eresia giuridica quant'altra mai (1).

Non diremo nulla del terzo sistema proposto dagli editori di Zachariae. Gli autori stessi che brillano per esattezza diventano fatalmente inconseguenti, volendo conciliare ciò che è inconciliabile, un diritto di prelazione col silenzio della legge, che non accorda al terzo detentore nè ritenzione nè privilegio. Aubry e Rau lo confessano, ma, con uno sforzo singolare, giungono a dare al terzo detentore un diritto di prelazione che la legge gli rifiuta. Secondo loro, il terzo detentore gode, a riguardo dei creditori ipotecari, di un'azione *de in rem verso*, ch'egli può esercitare nella graduatoria, per via di distrazione. Egli può anche far inserire nel capitolo una clausola che imponga all'aggiudicatario l'obbligo di pagargli direttamente l'importo del maggior valore dell'immobile. Resta a provare che il terzo detentore ha questi diritti. Essi non si appoggiano fondatamente su nulla, e tuttavia conchiudono col dargli un diritto di ritenzione e, per conseguenza, di prelazione, malgrado la legge, la quale non ammette altre cause di prelazione che le ipoteche e i privilegi (n. 284) (2).

300. L'usufruttuario che fa le riparazioni notevoli che la legge mette a carico del nudo proprietario (art. 605) ha un regresso contro costui. Egli può anche ripetere, alla fine dell'usufrutto, il capitale dei carichi imposti sulla proprietà durante l'usufrutto, quando il pagamento è stato anticipato da lui, come pure il capitale dei debiti che ha pagato a scarico del nudo proprietario (art. 609 e 612). Gode egli d'un diritto di ritenzione per questo titolo? No, dicono gli uni, perchè non vi ha alcun rapporto con-

---

(1) Non facciamo che riassumere quello che ha detto MOURLON con una grande potenza di logica (*Esame critico*, t. II, p. 741, n. 232).

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 452, nota 58, § 287, e gli autori che citano. Bisogna aggiungere LAROMBIÈRE, t. II, art. 1186, n. 44, p. 499 dell'edizione belga, t. I. Crediamo inutile insistere sulle contraddizioni di quest'ultimo autore.

trattuale fra l'usufruttuario e il nudo proprietario. Sì, dicono gli altri, perchè questo diritto è nei principii dell'equità, in quelli del diritto romano e nello spirito del codice civile. Proudhon, che professa quest'ultima opinione, è uno dei nostri migliori giureconsulti, ma i migliori sono condannati a smarrirsi quando abbandonano la via sicura del testo e dei principii certi che ne risultano. Che importa che l'equità militi in favore dell'usufruttuario? Fa d'uopo domandare a Proudhon se un diritto il quale accorda a un creditore una preferenza sugli altri si fonda sull'equità? Che diviene allora l'art. 2094? I principii del diritto romano sono senza alcuna autorità in questa materia, non avendoli il codice riprodotti. Non sono altro che storia antica. Quanto allo spirito del codice civile, è verissimo ch'esso consacra il diritto di ritenzione in casi che non sono più favoriti di quello in cui si trovano gli eredi dell'usufruttuario, quando il loro autore ha fatto spese necessarie od anticipazioni. Ma occorre insegnare a Proudhon che non è l'interprete che giudica delle cause di prelazione; che il legislatore soltanto può determinare il favore che merita un determinato credito a riguardo dei crediti meno favoriti? Vedremo che cosa diventa il diritto quando gli interpreti si decidono in base a simili considerazioni. Proudhon suppone che il nudo proprietario sia povero e non si trovi in grado di rimborsare subito le spese fatte dall'usufruttuario. Sarebbe grave privarlo del godimento della cosa sua. L'equità richiede ch'egli possa rientrare nel suo patrimonio, salvo destinare specialmente il fondo al pagamento dell'indennità di cui è debitore. Che vuol dire ciò? Questa destinazione sarebbe un'ipoteca od un privilegio. Ora, vi hanno ipoteche senza convenzione, senza legge? Vi hanno privilegi senza testi? Bisogna bandire dalla nostra scienza questa equità parassitaria che viene a prendere il posto del diritto. Senza dubbio le leggi devono essere basate sull'equità, ma il solo legislatore ha questa missione.

301. Essendo la nostra opinione quasi isolata, dobbiamo esporre quella generalmente ammessa. Sappiamo, salvo l'incertezza, quali sono i creditori che godono del diritto di ritenzione. Resta a vedere come essi lo esercitano e contro chi. Si insegna che il diritto di ritenzione è indivisibile, nel senso che può essere esercitato, per la totalità del credito, su ciascuna parte della cosa che ne forma l'oggetto (1). È presso a poco quello che la legge dice dell'ipoteca (art. 2114, legge ip. art. 41). Su che si fondano coloro che decidono essere il diritto di ritenzione indivisibile? Non si tratta dell'indivisibilità propriamente detta degli articoli 1217 e 1218. L'indivisibilità dell'ipoteca è una garanzia pel creditore ipotecario. Con qual diritto si estende questa garanzia alla ritenzione? Essa è inerente alla realità del diritto che colpisce la cosa e la smembra. Ora, gli autori che

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 118, § 256 *bis*; PONT, *Piccoli contratti*, t. II, n. 1291.

stabiliscono il principio dell'indivisibilità della ritenzione dicono che il ritentore non ha un diritto reale propriamente detto, e quindi non vediamo più alcuna base per l'indivisibilità del diritto di ritenzione.

Ecco un'applicazione dell'indivisibilità, altrettanto dubbia quanto il principio dal quale deriva. Un operaio riceve un lotto di mercanzie da confezionare, o da riparare. Egli restituisce una parte delle mercanzie senza essersi fatto pagare. Può ritenere il di più per garanzia della totalità di quanto gli è dovuto? Noi diciamo che ciò è dubbio. Su che si fonda il diritto di ritenzione? Sul possesso nel senso che è il possesso ritenuto e conservato a titolo di garanzia. Non si deve conchiudere che il creditore il quale rinuncia al possesso rinuncia alla sua garanzia? Non v'ha dubbio certo quando il creditore abbandona il possesso dell'immobile su cui ha fatto delle spese, e sarebbe lo stesso se, nella specie, l'operaio restituisse le mercanzie al padrone. Se ne restituisce una parte, non si deve dire che rinuncia ad una parte della sua garanzia? Perchè si tratta di cose divisibili. Quello che lo prova si è che l'operaio, secondo l'opinione generale, non può invocare il diritto di ritenzione per ciò che gli è dovuto quando riceve mercanzie in forza d'una nuova convenzione. Se gli son dovute mille lire per confezione della prima parte di merci e mille lire per la seconda, egli non avrà il diritto di ritenzione che per l'ultimo debito, e quindi per la metà di quanto gli è dovuto (1). Se il diritto di ritenzione si divide in questa ipotesi, può dividersi anche nell'altra. Occorrerebbe dunque una disposizione della legge per dichiararlo indivisibile in ogni ipotesi.

302. Abbiamo supposto, giusta l'opinione generale, che il diritto di ritenzione sia un diritto reale, quantunque senza il diritto di evizione. A dire il vero, non vi ha un'opinione generale in questa materia. Gli uni dicono che la ritenzione genera un diritto reale, altri chiamano questa dottrina inesatta. Secondo tutte le opinioni, è un diritto di natura singolare, reale senza diritto di evizione, o non reale ed opponibile tuttavia ai terzi. Un diritto di natura così particolare non dovrebbe essere consacrato dalla legge? Quelli che dicono che non è un diritto reale insegnano ch'esso può tuttavia essere opposto ai terzi, secondo il suo *fondamento* e il suo *oggetto*, almeno *in una certa misura*. Quanta incertezza in una scienza che richiede la più esatta precisione! Se non è nè un diritto reale nè un diritto personale, che cosa è dunque? E con qual fondamento si può opporlo ai terzi? E a chi si può opporlo? In materia mobiliare, si dice, può essere opposto al compratore, come pure ai creditori chirografarii o privilegiati del proprietario della cosa, anche in caso di fallimento. Così un diritto che non è reale,

(1) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 119, nota 19.

che non è un privilegio, prevale ai privilegi! E senz'altra ragione se non che ciò risulta dal suo *fondamento* e dal suo *oggetto!* In materia immobiliare, si dice, il diritto di ritenzione può essere esercitato contro il compratore e contro i creditori ipotecarii posteriori. Esso produce dunque gli effetti d'un diritto reale, senza essere un diritto reale. Che cosa diviene, secondo questa strana dottrina, la garanzia dei terzi acquirenti e dei creditori ipotecari? Il loro diritto sarà alterato, diminuito, senza che essi abbiano potuto conoscere l'esistenza della ritenzione che si oppone loro. I creditori, specialmente, potranno, è vero, chiedere l'espropriazione dell'immobile, ma a condizione di disinteressare il possessore o di farlo disinteressare dall'aggiudicatario, il che può importare la perdita di tutto o di parte del loro credito. Eppure la legge li garantiva contro ogni diritto anteriore non inscritto. Un diritto clandestino annullerà i diritti resi pubblici! (1). Gli effetti che si riconoscono al diritto di ritenzione sono contraddittorii come il diritto stesso, sono un tessuto d'inconseguenze.

CAPO II.

Dei privilegi.

SEZIONE I. — Nozioni generali.

303. L'art. 12 (codice civile, art. 2095) definisce il privilegio in questi termini: « Un diritto che la qualità del credito dà ad un creditore d'essere preferito agli altri creditori anche ipotecari ». Così il privilegio riguarda i rapporti dei creditori fra loro. Esso suppone che vi sia concorso di creditori, la qual cosa avviene quando il debitore è insolvente o fallito, vale a dire quando i suoi beni non bastano per pagare integralmente tutti i suoi debiti. In questo caso il prezzo dei beni si distribuisce fra i creditori contributo (n. 280), a meno che non vi siano fra i medesimi cause legittime di prelazione (art. 8 codice civile, art. 2093). Una di queste cause di prelazione è il privilegio. Quando il debitore è solvibile non è caso di regolare il grado dei diversi creditori e l'ordine nel quale vengono pagati. La materia dei privilegi, come quella delle ipoteche, non ha importanza che nel caso d'insolvibilità del debitore. La preferenza attribuita a certi credi-

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 119, e note 21-22, § 256 *bis*.

tori assicura loro, in generale, il pagamento, mentre i creditori chirografarii perdono una parte dei proprii crediti. Ne consegue che il grado dei creditori e, per conseguenza, la questione di sapere se uno di essi abbia un privilegio sono cosa indifferente pel debitore. Invano si direbbe che gli importa d'essere liberato quando si trova dissestato ne' suoi affari: egli non è mai liberato integralmente. Quello che uno dei creditori riceve in più, per conseguenza d'un privilegio, gli altri lo riceveranno in meno. Il debitore non ha dunque nessun interesse nelle cause di prelazione. Egli non può intervenire, nel concorso dei creditori, nè per sostenere l'esistenza d'un privilegio, nè per contestarla, perchè non vi ha azione senza interesse (1).

304. La parola *privilegio* esprime male le cause della preferenza che la legge vi attribuisce. Nel linguaggio ordinario, questa parola implica una prelazione accordata alla persona che gode di certi diritti che la legge rifiuta ad altre persone. Tali erano, sotto l'antico regime, i privilegi della nobiltà e del clero, classi privilegiate, mentre il terzo stato formava una classe inferiore e, per certi riguardi, dipendente. Questo stato di cose fu abolito dalla rivoluzione del 1789, che ha proclamato l'eguaglianza e la libertà come basi del nuovo ordinamento sociale. I privilegi del diritto civile non hanno nulla di comune coi privilegi politici. Tuttavia questa parola era così odiosa alla Francia che l'oratore del Governo ha cura di rimarcare ch'essa ha nel codice civile un significato speciale. « Non equivochiamo, dice Treilhard, sul senso della parola *privilegio* usato in questo titolo. Tale espressione porta ordinariamente con sè l'idea d'un favore personale. Qui essa significa invece un diritto fondato sulla giustizia, poichè si basa sulla natura e la qualità del credito » (2). La commissione speciale che elaborò il progetto della nostra legge ipotecaria fa la stessa osservazione. Si legge nella sua relazione: « La commissione non ha perduto di vista che la parola *privilegio* non deve mai importare l'idea d'un favore personale, e che la legge non deve accordare una preferenza ad uno dei creditori se non quando l'umanità, la giustizia o l'ordine pubblico lo esigono imperiosamente » (3). La redazione stessa del codice riproduce questo concetto. Esso non nomina i creditori privilegiati. L'art. 2101 (legge ip., art. 19) dice che « i *crediti* privilegiati sulla generalità dei mobili sono quelli qui appresso indicati ». Così pure l'art. 20 dispone: « I *crediti* privilegiati su certi mobili sono... ». Non sono i creditori che godono d'un privilegio, ma i *crediti*.

Non bisogna indurre da ciò che il legislatore non possa accordare un diritto di prelazione per la qualità della persona. Il codice civile lo fa stabilendo ipoteche legali a vantaggio dei minori,

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 10, n. 296, e la sentenza che cita.
(2) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 30 (LOCRÉ, t. VIII. p. 248).
(3) Rapporto della commissione speciale (PARENT, p. 31).

degli interdetti, delle donne maritate, dello Stato e dei pubblici stabilimenti. È precisamente la persona che gode qui d'una preferenza. Tuttavia non si può rimproverare al legislatore d'aver disconosciuto il principio dell'eguaglianza. Esso lo tutela, al contrario, accordando una garanzia ipotecaria a creditori che, in forza della loro incapacità, non possono vegliare essi medesimi ai loro interessi. La legge stipula per gli incapaci. Tuttavia gli incapaci non sono privilegiati. Essi non hanno che un'ipoteca quale avrebbero potuto stipularla se ne avessero la capacità. Essi non hanno privilegio, perchè il privilegio non si stipula e i loro crediti non meritano una preferenza per la loro qualità. Le ipoteche legali sono, al contrario, posposte ai privilegi.

305. Vi hanno crediti che meritano il favore d'essere preferiti sopra tutti gli altri, anche a quelli degli incapaci che il legislatore ha munito d'una ipoteca legale? Spiegando i diversi privilegi, diremo i motivi speciali che li legittimano. Pel momento indicheremo i motivi generali che hanno indotto il legislatore a privilegiare certi crediti. L'oratore del Governo cita soltanto qualcuna delle ragioni che hanno fatto stabilire dei privilegi. Vi sono creditori che rendono servizio agli altri conservando o migliorando la cosa. È giusto che quelli i quali si arricchiscono dei loro lavori ne tengano loro conto disinteressandoli. È l'applicazione della regola d'equità che non permette a nessuno d'arricchirsi a spese altrui. Treilhard invoca anche il diritto di proprietà in favore del venditore che non sia pagato. È col pagamento del prezzo che la vendita diviene definitiva. Fino al pagamento il venditore può risolvere la vendita. Egli è dunque ancora *in certo qual modo* proprietario, e non cessa di esserlo che quando gli altri creditori vogliono pagargli il prezzo della cosa. Di qui il suo privilegio. Grenier, relatore del Tribunato, dice che i privilegi generali sui mobili si giustificano con motivi d'umanità. Tali sono i privilegi che la legge accorda alle spese d'ultima malattia, alle somministrazioni di alimenti, ai salari delle persone di servizio. Grenier soggiunge che la modicità di questi crediti li fa raramente entrare in considerazione negli affari d'interesse (1). Quest'ultimo motivo non è determinante, perchè prova troppo e non prova abbastanza. Se venisse ammesso, tutti i piccoli crediti dovrebbero essere privilegiati. A dire il vero, la modicità non è una qualità del credito, e quindi non può essere presa in considerazione per giustificare una preferenza. Nel suo *Trattato delle ipoteche* Grenier fa valere anche un altro motivo di preferenza, cioè il pegno espresso o tacito stipulato dal creditore il quale non contratta che in forza della garanzia affatto speciale che gli offre la cosa che ha in pegno (2). Tali sono i

(1) GRENIER, *Relazione*, n. 16 (LOCRÉ, t. VIII, p. 257).
(2) GRENIER, *Trattato delle ipoteche*, n. 299. Cfr. DURANTON, t. XIX, p. 30, n. 27. MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 496, n. 1297.

privilegi del pignoratario, dell'albergatore, del vetturale ed anche del locatore, il quale pure conta sui mobili che arredano i luoghi locati per il pagamento di quanto gli è dovuto. Tuttavia il pegno eccede già la nozione del privilegio. Secondo il rigore dei principii, il privilegio non dipende dalla convenzione delle parti e quindi è indipendente dalla loro volontà.

306. Secondo l'art. 12 (codice civile, art. 2095), è la *qualità del credito* che dà ad un creditore il diritto d'essere preferito agli altri creditori. Chi determina la qualità per cui un creditore è preferito all'altro? Il giudice? No, perchè un simile potere dato al giudice avrebbe condotto all'arbitrio in una materia nella quale, più che in ogni altra, importa che vi siano regole immutabili, altrimenti i privilegi sarebbero divenuti favori, mentre, secondo lo spirito della legge, devono essere fondati sulla giustizia. È la legge che, per la qualità del credito, lo munisce d'un privilegio. Non dipende neppure dalla volontà delle parti contraenti il crear privilegi. Esse possono stipulare un diritto di prelazione sotto forma d'ipoteca, ma non è loro permesso di dichiarare che un credito è privilegiato per la sua qualità. Ciò è anche razionale. La qualità d'un credito dipende dalla sua natura e le convenzioni delle parti sono impotenti a cambiare la natura d'un credito, o a renderlo degno d'essere munito d'un privilegio quando non avesse le qualità richieste per meritare una preferenza. La Corte di cassazione si è pronunciata in questo senso e non vi ha dubbio: « I privilegi, essa dice, esorbitando dal diritto comune, non possono esistere che in forza d'una disposizione della legge, e non possono essere creati da una convenzione intervenuta fra il creditore ed il debitore » (1). Per la stessa ragione, le convenzioni delle parti non possono modificare le condizioni che la legge stabilisce per l'esistenza o la conservazione dei privilegi. Nulla, in questa materia, dipende dalle parti contraenti, per la ragione che le preferenze fra i creditori sono d'interesse generale, e non è permesso ai privati derogare a ciò che è d'ordine pubblico (2).

307. Il principio che i privilegi sono indipendenti dalle convenzioni delle parti contraenti subisce eccezione per quanto riguarda il pegno. A termini dell'art. 2073, il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa che ne forma l'oggetto, con privilegio e preferenza agli altri creditori. Eppure il pegno è un contratto (art. 2071), e questo contratto può intervenire per ogni sorta di crediti. Il privilegio che ne risulta dipende dunque unicamente dalla volontà delle parti, senza che sia presa in considerazione la qualità del credito. Domat ne

---

(1) Rigetto, 12 dicembre 1831 (DALLOZ, v. *Privilegi e ipoteche*, n. 519). Cassazione, 26 luglio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 196).

(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 12, n. 300, e le autorità che cita. PONT, t. I, p. 18, n. 24.

conchiudeva che il diritto di preferenza del creditore pignoratario non era un vero privilegio, la preferenza non essendo inerente alla qualità del credito. Secondo lui, il creditore era preferito agli altri creditori per la sicurtà che aveva preso impossessandosi del pegno (1). Vi sono autori moderni che hanno seguito questa dottrina. Persil insegna che, se il creditore pignoratario ha una preferenza, l'ha come conseguenza del diritto di ritenzione, il che è un errore certo, poichè il creditore anticretico ha il diritto di ritenzione e non ha privilegio (2). Valette dice che il diritto del pignoratario è una specie d'ipoteca mobiliare (3). É inutile combattere queste aberrazioni della dottrina. Se le accenniamo, è per predicare ai nostri giovani lettori il rispetto della legge. Il codice classifica il credito del pignoratario fra i privilegi (articolo 2102, 2.°, legge ip., art. 20, 30). Con qual diritto gli autori s'allontanano dal testo e si mettono a correggere la legge?

308. La legge che definisce il privilegio soggiunge ch'esso dà al creditore il diritto d'essere preferito agli altri creditori, anche ipotecarii. Così il privilegio ha un doppio grado di preferenza. Il creditore privilegiato è anzitutto preferito ai creditori personali, ed è preferito inoltre ai creditori ipotecarii. Questo secondo grado di preferenza suppone che il privilegio cada sopra un immobile, non potendo i privilegi mobiliari trovarsi in conflitto coi creditori ipotecari i cui diritti sono immobiliari. Sotto l'impero del codice questo conflitto si presenta assai spesso. I creditori privilegiati sulla generalità dei mobili avevano un privilegio anche sugli immobili. A questo titolo, essi erano preferiti ai creditori ipotecarii, e avevano la preferenza anche sui creditori che non possedevano se non un privilegio speciale sull'immobile (art. 2104, 2105). Diremo più avanti come questa preferenza non è stata mantenuta dalla legge belga che per le spese di giustizia e questo privilegio non si esercita che a riguardo dei creditori nell'interesse dei quali le spese sono state fatte (art. 17). Ne risulta che il conflitto fra i creditori privilegiati e i creditori ipotecarii è divenuto molto più raro. Quando ha luogo, il privilegio prevale, in massima, all'ipoteca, per la qualità del credito privilegiato. Questa preferenza non è così assoluta come la legge sembra dire. Nell'applicazione essa dà luogo a grandi difficoltà che esamineremo più avanti. Pel momento, basta citare un esempio il quale prova la legittimità della preferenza che la legge accorda al privilegio sull'ipoteca.

L'architetto ha un privilegio sull'immobile al quale ha dato un maggior valore coi suoi lavori. Se prima dell'inizio dei lavori si trovano inscritti sull'immobile dei creditori, saranno posposti a questo privilegio? L'affermativa non è dubbia, poichè

---

(1) DOMAT, *Leggi civili*, libro III, tit. I, sez. V, prefazione.
(2) PERSIL, *Regime ipotecario*, t. I, p. 22 (art. 2095, n. I).
(3) VALETTE, *Trattato dei privilegi*, p. 14, n. 12.

risulta implicitamente dal testo della legge, come diremo più avanti. Perchè l'ipoteca è posposta al privilegio, sebbene sia anterione al credito privilegiato? Bisogna dire anzitutto in che consiste questa preferenza. L'architetto non ha privilegio che per l'importo del maggior valore secondo la stima al tempo dell'alienazione dell'immobile (art. 27, n. 5). Anche il diritto dei creditori ipotecarii colpisce questo maggior valore, poichè l'ipoteca acquisita s'estende ai miglioramenti sopravvenuti nell'immobile ipotecato (art. 45). Ecco il conflitto. Perchè prevale il privilegio? Perchè ai lavori del creditore privilegiato è dovuto il maggior valore. Egli ha dunque arricchito il patrimonio del debitore coi suoi lavori, e quindi ha procurato un maggior valore all'ipoteca che gravava l'immobile. È giusto che il creditore ipotecario gli tenga contro di questo vantaggio che ritrae dai lavori, altrimenti s'arricchirebbe a spese dell'architetto.

309. Il principio che il privilegio dipende dalla qualità del credito determina anche il grado dei creditori privilegiati fra loro. A termini dell'art. 13 (codice civile, art. 2096), la preferenza fra creditori privilegiati è regolata dalle diverse qualità dei privilegi. Nulla di più logico. Vi sono diverse cause di preferenza. Le abbiamo enumerate senza esaurirle (n. 305). Si può dire che per ogni privilegio vi è una causa speciale, perchè non esistono due crediti di natura assolutamente identica. Le cause di preferenza variano; l'una può e deve essere più o meno favorita dell'altra. Non si può dunque mettere alla stessa stregua tutti i crediti privilegiati, Questa eguaglianza sarebbe un favore per gli uni ed un'ingiustizia per gli altri. La giustizia vuole che il privilegio la cui qualità è più favorevole prevalga ai privilegi la cui qualità lo è meno.

Chi stimerà la qualità più o meno favorevole dei privilegi? Per principio, questo diritto non spetta che al legislatore. Bisogna dire del grado dei privilegi fra loro quello che abbiamo detto dei privilegi stessi (n. 306). Non si può lasciare nè al giudice nè alle parti la cura d'apprezzare il favore relativo che meritano i diversi privilegi, perchè sarebbe dare al giudice od alle parti il potere di regolare la preferenza dei crediti privilegiati. Ora il solo legislatore ha questo potere, perchè si tratta d'un interesse pubblico. Tuttavia, in questo punto, il codice Napoleone presenta deplorevoli lacune. Esso si limita a determinare il grado dei privilegi generali sui mobili fra loro, tace sul grado dei privilegi speciali, come pure sul grado dei privilegi generali e speciali fra loro, non dice nulla del grado dei privilegi immobiliari. Nel silenzio della legge, il giudice era forzatamente investito del potere pericoloso di fissare il grado dei crediti privilegiati. Di qui l'incertezza e l'arbitrio, egualmente funesto quando uno dei creditori non può essere favorito che a spese dell'altro. La nuova legge ha colmato la lacuna, ma non ha un sistema completo. Che cosa si farà nei casi non previsti

dalla legge? S'intende che non spetta alle parti interessate determinare il grado dei crediti privilegiati. Nulla dipende dalla loro volontà in materia di privilegi (n. 306). Se il giudice interviene ove il legislatore solo dovrebbe parlare è perchè il giudice è obbligato a decidere quando la legge è muta o insufficiente. Ma, sotto l'impero della nuova legge, i tribunali avranno almeno una guida, essi potranno procedere per via analogica ove esiste la stessa ragione di decidere.

310. Si domanda se bisogna tener conto della data dei privilegi nell'apprezzamento della qualità relativa dei crediti. La negativa risulta dal testo della legge. Il legislatore vuole che fra creditori privilegiati la preferenza sia regolata dalle diverse *qualità* dei privilegi. Ora, l'autorità è estranea alla natura del credito: il meno favorevole può essere il più antico. Gli si darà la prefenza su quello che è nato posteriormente, quantunque la qualità di questo meriti maggior favore? Ciò sarebbe in contraddizione coll'essenza stessa del privilegio il quale si stima, non secondo la data in cui è nato, ma secondo la qualità del credito. Un oggetto mobile è gravato d'un privilegio. La cosa ha bisogno di riparazioni per essese conservata. Il creditore delle spese di conservazione ha un privilegio per questo titolo. Egli è l'ultimo secondo la data, eppure sarà il primo quanto al grado, perchè ha conservato i privilegi anteriori che sarebbero periti senza queste spese (art. 22). Così il privilegio più recente prevale a tutti i creditori anteriori, senza che questi abbiano il diritto di lagnarsi di tale apparente favore: essi sono, al contrario, interessati a che sia accordato questo privilegio alle spese di conservazione, perchè è un mezzo di conservare il loro proprio diritto.

311. Può darsi che più crediti privilegiati siano dello stesso grado. Così la legge accorda un privilegio alle somministrazioni d'alimenti (art. 19, 5.°). Vi sono necessariamente diversi fornitori, e quindi più crediti privilegiati aventi la stessa causa, per meglio dire, è un solo e medesimo privilegio esercitato da più persone. Come si scioglierà il conflitto? La legge decide che i diversi creditori concorrono (art. 14, codice civile, art. 2097), ossia sono pagati per contributo, se i mobili gravati dal privilegio non bostano per il pagamento integrale dei debiti privilegiati. Perchè la legge non tien conto, in questa ipotesi, della data dei diversi crediti? È una conseguenza del principio che la data è assolutamente estranea alla preferenza che dà il privilegio. Due medici curano successivamente lo stesso ammalato. Si accorderà una preferenza al primo sul secondo? La qualità dei loro crediti è identica, malgrado la differenza di tempo, e quindi devono godere dello stesso favore. Se il secondo fosse posposto al primo, rischierebbe di non esser pagato, e, per conseguenza, l'ammalato, nello spirito della legge che accorda un privilegio alle spese di ultima malattia, rischierebbe di non ottenere i soccorsi dell'arte. Per

assicurare questi soccorsi, essa ha dovuto equiparare tutti coloro che li danno (1).

Ciò risponde all'obbiezione che si fa contro la decisione della legge. Quando, si dice, nasce il primo privilegio, la cosa mobiliare ne è gravata a vantaggio del creditore, e un secondo creditore non può più acquistare alcun diritto sulla cosa stessa in danno del primo (2). L'obbiezione è fondata se non si considera che la realità del privilegio, ma bisogna tener conto anche della causa, che rappresenta la parte principale in questa materia. Senza causa non vi ha privilegio, e la causa esige l'eguaglianza dei creditori che hanno un solo e medesimo privilegio.

312. « I privilegi possono riflettere i mobili e gli immobili » (art. 16, codice civile, art. 2099). Che cosa s'intende, in questa materia, per *mobili?* È evidente che una simile parola non ha qui il significato legale e fittizio che le dà l'art. 533, quando la si adopera solo nelle disposizioni della legge, perchè qui non è usata sola, ma in opposizione al vocabolo *immobili*, e quindi comprende tutto ciò che è mobile, secondo gli articoli 527 e seguenti. Se il privilegio cade sulla generalità dei mobili, colpisce tutto ciò che è mobile per sua natura o per determinazione della legge, ma non abbraccia gli oggetti mobiliari per loro natura che sono divenuti immobili per incorporazione o destinazione. Non si obbietti il privilegio del locatore che si esercita sugli utensili aratorii e sugli animali adetti alla coltura, quantunque queste cose siano reputate immobili per destinazione. Esse non sono immobiliari che quando sono addette al fondo dal *proprietario*. Quando vi sono addette da un affittuario conservano la loro natura mobiliare. Ora, quando il locatore esercita il suo privilegio, lo esercita naturalmente sugli oggetti di cui l'affittuario ha guernito il fondo, e quindi su cose mobiliari.

I privilegi sugli immobili colpiscono gli immobili per loro natura e gli oggetti mobiliari immobilizzati per incorporazione o destinazione, finchè l'immobilizzazione sussiste. Quando questi oggetti riprendono, la loro natura mobiliare non può più essere questione d'un privilegio immobiliare.

Non ogni immobile può essere gravato d'un privilegio. Bisogna applicare, per analogia, al privilegio quello che l'art. 45 dice dell'ipoteca, perchè i privilegi, come diremo, non sono che ipoteche privilegiate. « Sono capaci d'ipoteca soltanto: 1.° i beni immobili che si trovano in commercio, 2.° i diritti d'usufrutto, d'enfiteusi e di superficie per tutta la loro durata ». Spiegheremo questa disposizione al capo delle *Ipoteche*. Ne risulta che gli altri diritti immobiliari non possono essere colpiti da un privilegio; i diritti d'uso e d'abitazione, perchè non possono essere

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 14, nn. 304-305. PERSIL, *Regime ipotecario*, t. I, p. 17, art. 2096, n. I.
(2) TROPLONG, *Privilegi e ipoteche*, n. 86.

ceduti, le servitù, perchè non si concepiscono separatamente dal fondo, di cui sono una qualità attiva o passiva, le azioni immobiliari, perchè non hanno fondamento reale (1).

313. Vi sono importanti differenze fra i privilegi mobiliari e i privilegi immobiliari. Noi ci limitiamo, per il momento, ad indicarle salvo a tornarvi sopra. I privilegi immobiliari devono essere *conservati*, vale a dire resi pubblici mediante l'inscrizione o la trascrizione. In mancanza di pubblicità, sono inefficaci, al pari delle ipoteche. Non così dei privilegi mobiliari. Questi non devono essere resi pubblici. Per ciò solo che esistono producono i loro effetti. Non vi ha che un'eccezione, secondo la nuova legge, che indicheremo più avanti.

I privilegi immobiliari danno al creditore il diritto di evizione, mentre i mobili non subiscono evizione in diritto francese (articolo 2119, legge ip., art. 46). Non vi ha eccezione che pel privilegio del locatore; donde segue che il creditore perde il suo privilegio quando il debitore aliena i mobili che ne sono gravati. Diremo più avanti quali sono i mezzi che la legge accorda a taluni creditori privilegiati per impedire la vendita.

I privilegi mobiliari si perdono anche quando gli oggetti mobiliari che ne sono colpiti cambiano natura o diventano immobili. La nuova legge reca un'eccezione a questo principio in favore di certi privilegi, come diremo più avanti.

314. Si domanda se non vi sia una differenza più radicale. L'art. 41 (codice civile, art. 2114), che definisce l'ipoteca, dice che essa è un diritto reale, mentre l'art. 12, che definisce il privilegio, dice semplicemente che esso è un diritto di prelazione. Si deve conchiuderne che i privilegi non sono diritti reali? È certo che i privilegi immobiliari sono diritti reali. La legge li equipara alle ipoteche, per quanto riguarda i diritti dei creditori contro i terzi detentori. Essi hanno il diritto di evizione (art. 96, codice civile, art. 2166). La nostra questione non riguarda dunque che i privilegi mobiliari. Si insegna che questi privilegi non danno che una preferenza puramente personale (2). Ciò è vero, nel senso ch'essi non hanno effetto che a riguardo dei creditori chirografarii, e non accordano il diritto di evizione, ma si avrebbe torto d'indurne che i privilegi non sono diritti reali. Basta che sopra una cosa esista un diritto perchè sia reale. Ora, il privilegio non è un diritto di credito contro la persona, ma un diritto sulla cosa mobile che ne è gravata. Ecco perchè il privilegio mobiliare s'estingue quando la cosa cambia natura o viene immobilizzata. Si obbietta che i privilegi mobiliari non attribuiscono il diritto di evizione. Rispondiamo che ciò dipende, non dall'essenza del privilegio, ma dalla massima che, in fatto di mobili,

(1) Persil, *Regime ipotecario*, t. I, p. 55, art. 2099, nn. II-VIII, *Questioni sui privilegi*, p. 1, § 1.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 112, n. 256.

il possesso val titolo. Considerato in sè stesso, il privilegio dà il diritto di evizione, nel senso che non vi ha nella natura del privilegio mobiliare un ostacolo legale a che possa essere esercitato contro i terzi. Quello che lo prova si è che vi ha un privilegio mobiliare, il privilegio del locatore, che non fa sorgere il diritto di evizione. Anche la proprietà non può essere rivendicata contro un terzo possessore quando si tratta d'una cosa mobile corporale, il che non toglie che la proprietà mobiliare sia un diritto reale. È lo stesso del privilegio mobiliare e dell'usufrutto mobiliare. Ritorneremo sulle difficoltà della materia spiegando l'art. 2279.

315. Quanto ai privilegi immobiliari, essi producono tutti gli effetti dell'ipoteca. In questo senso si chiamano ipoteche privilegiate (1). Il privilegio e l'ipoteca hanno il medesimo oggetto, L'articolo 2094, riprodotto dalla legge ipotecaria (art. 9), lo determina. Il privilegio e l'ipoteca sono cause legittime di prelazione. Sotto l'impero del codice civile il privilegio aveva un duplice grado di prelazione: esso era anteposto anche alle ipoteche, mentre l'ipoteca non è anteposta che ai creditori chirografarii (art. 2095). La legge belga ha riprodotto questa disposizione (art. 12), ma, come diremo più avanti, oggi non ha più la portata che aveva secondo il codice Napoleone. Anche i privilegi immobiliari sono, al pari delle ipoteche, diritti immobiliari. L'art. 1.° della nostra legge li assimila, sotto questo rapporto, alle ipoteche. Essi pure danno il diritto di evizione. Anche sotto questo riguardo, la legge (articolo 96, codice civile, art. 2166) mette le ipoteche ed i privilegi alla stessa stregua. Dunque i principii essenziali che caratterizzano questi due diritti di prelazione sono comuni, e quindi sono identici.

Secondo il sistema del codice e della nuova legge, i privilegi possono perdere la loro qualità di ipoteche *privilegiate* e conservare tuttavia la loro qualità d'ipoteche. Tale era la disposizione dell'art. 2113: « Tutti i creditori privilegiati soggetti alla formalità dell'iscrizione, a riguardo dei quali non siano state adempite le condizioni prescritte per conservare il privilegio, non cessano tuttavia d'essere ipotecarii, ma l'ipoteca non data, a riguardo dei terzi, che dal giorno delle iscrizioni che avranno dovuto esser fatte, come sarà qui appresso spiegato ». La nostra legge ipotecaria non ha riprodotto l'art. 2113, ma consacra lo stesso principio, come diremo più avanti, applicandolo ai diversi casi in cui il privilegio, non essendo stato conservato, degenera in ipoteca.

Comprendendo i privilegi immobiliari il diritto d'ipoteca, ne consegue che le disposizioni del codice concernenti le ipoteche si applicano ai privilegi. L'art. 41 (codice civile, art. 2114) dice che l'ipoteca è, per sua natura, indivisibile. Accade lo stesso dei privilegi quantunque la legge non lo dica. Essa non aveva bisogno di

---

(1) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 16. PONT, t. I, p. 20, n. 25.

dichiararlo, poichè sta il principio che il privilegio è un'ipoteca privilegiata. Si potrebbe obbiettare che l'indivisibilità è fondata sull'intenzione delle parti contraenti, il che suppone una convenzione, mentre il privilegio esiste in forza della legge, indipendentemente dalla volontà delle parti. Rispondiamo che vi sono anche ipoteche stabilite dalla legge, e sono indivisibili al pari delle ipoteche convenzionali. L'indivisibilità è stabilita nell'interesse del creditore. Ora, il diritto del creditore privilegiato è più favorito di quello del creditore ipotecario, e quindi vi ha una ragione *a fortiori* perchè sia indivisibile. Si dirà che, essendo i privilegi diritti legali, la legge avrebbe dovuto determinare i caratteri che li distinguono. Sarebbe stato più regolare, è vero, ma a rigore, era inutile, poichè la legge consacra implicitamente il principio dell'identità del privilegio e dell'ipoteca. Essa non si è spiegata che sul duplice grado di prelazione attribuito ai privilegi, perchè, sotto questo rapporto, vi era qualche cosa di speciale (1). Tutte le altre disposizioni relative alle ipoteche sono di diritto applicabili ai privilegi. A termini dell'art. 2059, « vi ha stellionato quando si presentano come liberi beni ipotecati, o si dichiarano ipoteche minori di quelle da cui questi beni sono gravati ». È stato giudicato che questa disposizione si applica ai privilegi, per la ragione che il privilegio implica e racchiude in sè il diritto ipotecario (2).

316. I privilegi non sono, in generale, soggetti ad alcuna condizione di forma quanto alla loro esistenza. Non sono atti solenni come le ipoteche convenzionali o testamentarie; essi derivano dalla legge, come l'ipoteca legale. Basta dunque che il credito privilegiato sia provato, e la prova si fa secondo il diritto comune (3). Nell'applicazione del principio bisogna però distinguere fra i privilegi mobiliari e i privilegi immobiliari.

I privilegi mobiliari si stabiliscono colla prova del credito. Vi hanno crediti privilegiati che non si usa constatare per iscritto. Tali sono i privilegi generali sui mobili, salvo le spese di giustizia. La prova si farà con testimonii, colla confessione o il giuramento, conformemente alle regole stabilite al titolo delle *Obbligazioni*. Vi sono però alcune eccezioni. Il privilegio del creditore pignoratizio, quando il credito eccede le centocinquanta lire, non ha luogo se non in quanto vi sia un atto pubblico o privato debitamente registrato e contenente le indicazioni prescritte dalla legge. Quando si tratta d'un credito dato in pegno, occorre inoltre la notifica dell'atto di pegno. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo del *Pegno*.

Il privilegio del locatore non può esercitarsi per le annate da

---

(1) Rigetto, sezione civile, 18 luglio 1819 (Dalloz, v. *Commissionario*, n. 460). Bruxelles, 25 maggio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 132). Martou, t. II, p. 202, n. 559.

(2) Rigetto, 14 agosto 1860 (Dalloz, 1861, 1, 60).

(3) Tarrible, in Merlin, *Repertorio*, v. *Privilége*, sez. I, n. IX, t. XXV, p. 175.

scadere che quando la locazione è stipulata in forma autentica, o, se per atto privato, abbia data certa (art. 20, n. 1).

Il privilegio del venditore e quello delle spese di conservazione sussistono sugli effetti mobiliari, dopo la loro immobilizzazione a condizione che gli atti che li constatano siano trascritti sopra un registro tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio. Occorre dunque uno scritto, ma la legge non esige che sia autentico (art. 20, n. 5).

I privilegi immobiliari devono essere resi pubblici. Dal modo di pubblicità stabilito dalla nuova legge risulta che i crediti privilegiati devono essere constatati da atti autentici quando il privilegio si conserva colla trascrizione, perchè non si ammettono alla trascrizione che gli atti autentici. Anche per il privilegio dell'architetto occorre una scrittura, come spiegheremo più avanti (art. 27, n. 5).

317. È sempre stato ammesso che i privilegi sono di stretto diritto e di stretta interpretazione. La ragione si è che i privilegi costituiscono eccezioni al diritto comune, secondo il quale i creditori hanno tutti egual diritto sui beni del loro debitore (nn. 278 e 283). Gli è così di ogni causa di prelazione. A termini dell'art. 42 (codice civile, art. 2115), l'ipoteca non ha luogo che nei casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. Il solo legislatore può derogare alla legge d'eguaglianza che stabilisce fra i creditori. Di qui il principio che non vi ha privilegio senza legge, e che i privilegi stabiliti dalla legge sono di stretta interpretazione. Essi non possono estendersi per via analogica. L'argomentazione per analogia non è mai ammessa nelle disposizioni eccezionali, poichè condurrebbe a creare eccezioni. Essa deve essere respinta specialmente quando la regola e le eccezioni sono d'interesse generale. Bisogna che i terzi sappiano, contrattando, quali sono i loro diritti sui beni del debitore. Ora, essi non lo saprebbero se il giudice potesse estendere le cause di prelazione create dalla legge. Il favore prenderebbe i colori dell'analogia, donde inevitabili abusi i quali rovinerebbero il credito che la legge ha per oggetto di consolidare. Questa regola d'interpretazione è insegnata da tutti gli autori e consacrata dalla giurisprudenza (1). Vedremo le applicazioni nel corso dei nostri studii.

318. I privilegi sono mobiliari o immobiliari (n. 312). I privilegi sugli immobili sono tutti speciali; essi non colpiscono che determinati immobili. La ragione si è che la causa di questi privilegi è speciale. Quanto ai privilegi mobiliari, essi sono o generali o su determinati mobili, ma non perchè i primi, come è stato detto, meritino maggior favore. Se certi privilegi non cadono che su mobili particolari, è perchè la causa è particolare a questi oggetti, e il privilegio non può mai eccedere la

(1) Duranton, t. XIX, p. 24, n. 20. Martou, t. II, p. 11, n. 298.

causa che lo legittima; e se altri privilegi gravano tutti i mobili, è perchè non vi era alcun motivo per limitarli a taluni.

319. La sezione 1.° del capo dei *Privilegi* è intitolata: *Dei privilegi che si estendono sui mobili e gli immobili*, il che suppone che ve ne siano parecchi. Così era sotto l'impero del codice civile (n. 308). Tutti i privilegi generali sui mobili s'estendevano sugli immobili, in caso d'insufficienza dei primi (art. 2104 e 2105). La nuova legge non ha mantenuto questo principio che per le spese di giustizia: gli altri privilegi generali sui mobili non sono più anteposti ai creditori ipotecarii. Il diritto di prelazione che il codice Napoleone accordava ai privilegi generali sui creditori ipotecarii comprometteva i diritti dei terzi che contrattavano sulla fede d'una garanzia reale. Essi si vedevano posposti ad un gran numero di creditori privilegiati che assorbivano una parte del prezzo proveniente dalla vendita degli immobili. Invano si direbbe che questi crediti sono poco considerevoli, e che i creditori dovevano aspettarsela. Senza dubbio ciascuno dei crediti privilegiati può essere relativamente poco importante, ma per il loro grande numero, essi raggiungevano una cifra che rovinava i creditori ipotecarii, senza che questi, al momento del contratto, fossero in grado di prevedere e di calcolare l'importo dei crediti che sarebbero stati loro opposti. Ora, quando i crediti non possono contare sul valore integrale dei beni che sono destinati alla loro garanzia, lo scopo del regime ipotecario vien meno. Il legislatore belga ha pensato ch'era meglio assicurare una completa garanzia ai creditori ipotecarii, il cui interesse si confonde coll'interesse generale, che prodigare i favori a qualche creditore privilegiato a spese dell'interesse pubblico (1). La legge però riserva ai creditori privilegiati un regresso sui denari provenienti dalla vendita degli immobili dopo che sono stati disinteressati i creditori ipotecarii. In questo caso, i creditori privilegiati non sono più in conflitto che coi creditori chirografarii. A loro riguardo, essi meritano preferenza, e il legislatore può darla loro senza compromettere l'interesse pubblico (2). Ritorneremo su quest'ultima disposizione dell'art. 19.

320. Il codice Napoleone non prevede tutti i privilegi. A termini dell'art. 15 (codice civile, art. 2098), « il privilegio pei diritti del pubblico tesoro e l'ordine nel quale si esercita sono regolati dalle leggi che li riguardano ». Non si tratta soltanto d'un privilegio. Se il codice parla al singolare, è perchè i diversi privilegi che le leggi accordano al fisco hanno tutti una medesima causa, l'interesse dei redditi pubblici; ma il numero di questi privilegi è molto considerevole. Perchè gli autori del codice non

(1) Relazione della commissione speciale (PARENT, p. 31). Relazione di LELIÈVRE (PARENT, p. 34).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 22, n. 313.

li hanno compresi nel lavoro di codificazione che aveva per scopo di dare certezza al diritto e di coordinare tutte le disposizioni legislative in un sol corpo? Le leggi fiscali sono leggi amministrative, e, come tali, soggette a variare, mentre le leggi civili sono fatte per essere perpetue. Era difficile fare un sol tutto delle disposizioni di natura diversa che stabiliscono privilegi a favore del fisco. Questa è opera della dottrina, e anche la dottrina, in questa materia, deve essere incessantemente rifatta. Il notro lavoro è estraneo alle materie che non appartengono al diritto civile propriamente detto. Tuttavia, per l'utilità dei nostri lettori, esporremo, in un'appendice, lo stato attuale della legislazione riguardo ai privilegi del fisco.

Il secondo alinea dell'art. 15 dà luogo ad una difficoltà Esso è così concepito: « Il tesoro pubblico non può però *ottenere* alcun privilegio in danno dei diritti *anteriormente acquisiti a terzi* ». Ciò vuol dire che i privilegi del tesoro non sono anteposti alle ipoteche anteriori? No: per principio, i privilegi del fisco sono i più favoriti dei privilegi poichè costituiscono un diritto sociale, e, per conseguenza, d'interesse pubblico. Non vi era dunque alcuna ragione di fare una differenza fra i privilegi del fisco e quelli dei privati. Se questi sono anteposti alle ipoteche, dev'esser lo stesso degli altri. Tutti i privilegi, in una parola, devono essere posti alla stessa stregua. Resta a vedere se il testo sia in armonia coi principii. La legge dice che il tesoro non può *ottenere* alcun privilegio in danno di *diritti acquisiti.* Questa parola *ottenere* si riferisce all'*acquisto* d'un privilegio, e in qual modo il tesoro acquista un diritto di prelazione? Colla legge. Il testo suppone dunque che una nuova legge accordi un privilegio al tesoro. In tal caso, nasce la questione di sapere se questo nuovo privilegio sarà anteposto alle ipoteche anteriori. La legge decide dunque una questione di retroattività. È quello che indica anche l'espressione *diritti acquisiti*, perchè il principio della non retroattività delle leggi non significa altro se non che le nuove leggi non possono attentare a diritti acquisiti sotto l'impero della legge antica. In sostanza, l'art. 15 non fa che applicare il principio dell'art. 2 alla legge che stabilisce i privilegi. Si dirà che, così interpretata, questa disposizione è inutile. È vero, ma non è questa una ragione per attribuire alla legge una cosa diversa da quella che dice. Tale è l'opinione di tutti gli autori (1), e la giurisprudenza è nello stesso senso (2).

321. Vi sono anche dei privilegi che si possono chiamare marittimi poichè appartengono al diritto marittimo. A termini dell'articolo 290 e seguenti del dodice di commercio, le navi e le costruzioni marittime possono essere oggetto di privilegi. La legge ipotecaria contiene, a questo riguardo, la seguente

---

(1) MARTOU, t. II, p. 18, n. 309. PONT, t. I, p. 23, n. 29.
(2) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 534, 1.° e 2.°.

disposizione: « Nulla è innovato dal presente codice alle disposizioni delle leggi marittime concernenti le navi e le costruzioni marittime ». Questa materia appartiene al diritto commerciale.

SEZIONE II. — Dei privilegi che si estendono sui mobili e gli immobili.

§ I. — *Che cosa s'intende per spese di giustizia?*

322. L'art. 17 dispone: « Le spese di giustizia sono privilegiate sui mobili e gli immobili, a riguardo di tutti i creditori nell'interesse dei quali sono state fatte ». Che cosa s'intende per *spese di giustizia?* La legge non le definisce, e, nell'applicazione, si presentano numerose difficoltà. Dobbiamo cercare innanzi tutto un principio che serva a deciderle. Si legge in una sentenza della Corte d'Aix che « il codice lascia al giudice di definire la natura delle spese di giustizia che giovano ai creditori, e devono, per conseguenza, aver privilegio su loro » (1). Il codice Napoleone era più vago della legge belga. Esso diceva semplicemente che le *spese di giustizia* erano privilegiate, e accordava loro il primo grado fra i privilegi mobiliari e immobiliari (art. 2101, 1.°, 2104 e 2105). La nostra legge ipotecaria aggiunge una restrizione che ci mette sulla via per definire le spese di giustizia alle quali la legge attribuisce un privilegio. Esse sono privilegiate, dice l'art. 17, a riguardo di tutti i creditori *nell'interesse dei quali sono state fatte* ». Ciò implica che le spese di giustizia siano fatte da più creditori, o almeno nell'interesse di più creditori, ed è a riguardo di questi che le medesime godono d'un privilegio. L'art. 17, che enumera i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili, è concepito nello stesso senso. Esso pone in primo luogo le spese di giustizia fatte nell'*interesse comune dei creditori.* Così, perchè il creditore delle spese di giustizia possa farsi pagare preferibilmente a tutti gli altri creditori collocati sulla massa mobiliare, bisogna che le spese siano state fatte nell'interesse di tutti i creditori. Ecco un primo carattere delle spese di giustizia. Esse non sono privilegiate che quando siano fatte per un interesse comune.

È uopo ancora che le spese siano fatte nel corso di un'istanza giudiziaria? L'espressione *spese di giustizia* potrebbe farlo credere, ma questa espressione dev'essere intesa nel senso speciale che le dà la materia dei privilegi. Quando può parlarsi di privilegi? Quando vi è concorso di creditori, non bastando i beni del debitore a pagare i suoi debiti. Che cosa devono fare, in questa

(1) Aix, 12 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 138).

ipotesi, i creditori? Essi sono obbligati a vendere i beni del loro debitore onde distribuirsene il prezzo per contributo o per graduatoria. Ciò avviene in una procedura giudiziaria. In questo senso, tutte le spese che i creditori devono fare per realizzare il pegno loro spettante sui beni del debitore sono spese di giustizia, perchè rese necessarie dal ricorso dei creditori alle vie giudiziarie. Poco importa che siano fatte giudizialmente o stragiudizialmente. Tutta la procedura è giudiziaria, anche quando non vi ha una causa propriamente detta, perchè il sequestro e la vendita non sono cause.

La tradizione conferma ciò che il testo suppone. Si legge in un'opera che riassume le nozioni tradizionali di diritto, il *Dizionario* di Ferrière: « Le spese di giustizia sono quelle che hanno per oggetto la conservazione della cosa a profitto del proprietario, del creditore o di ogni altra persona la quale vi abbia diritto o interesse. Le spese di apposizione dei sigilli, d'inventario, di vendita o di graduatoria ed escussione di mobili od immobili ed altre simili sono spese di giustizia ». Questa definizione non brilla certo per la sua precisione. L'antico diritto era, per natura, vago ed indeciso, perchè non aveva fondamento nei testi. Ma Ferrière ci apprende almeno una cosa, cioè che per spese di giustizia s'intendevano non solo le spese fatte giudizialmente, ma anche le stragiudiziali, come quelle di sigilli ed inventario, che l'autore pone, ed a ragione, in prima linea, perchè il maggior interesse dei creditori è la conservazione dei beni. I debitori insolvibili sono tentati di sottrarre i loro beni all'azione dei creditori, o di avvantaggiare gli uni in danno degli altri. Bisogna dunque assicurarsi innanzi tutto che i beni costituenti il pegno comune dei creditori non sfuggano loro. Ciò si ottiene coll'apposizione dei sigilli e coll'inventario, spese stragiudiziali, e tuttavia di giustizia, poichè sono le prime che i creditori hanno obbligo di fare quando ricorrono alle vie giudiziarie contro il loro debitore.

Il codice civile ha consacrato la tradizione? Non vi ha dubbio. Grenier dice, nella sua relazione al Tribunato: « In ogni tempo queste sorta di crediti hanno ottenuto il privilegio. Le spese di giustizia, che sono quelle di sigilli, inventario e vendita, hanno per oggetto la conservazione e la liquidazione della cosa » (1). Questa definizione è ancora più incompleta che quella di Ferrière. Essa non parla delle spese di graduatoria, fra le quali bisogna comprendere anche quelle di distribuzione, ma conferma il significato larghissimo che si attribuisce alle parole *spese di giustizia* in materia di privilegi. Infine il testo della legge toglie ogni dubbio. Vi sono altre spese stragiudiziali oltre quelle di sigilli ed inventario. Tali sono le spese richieste dall'amministrazione

(1) GRENIER, *Relazione*, n. 2 (LOCRÉ, t. VIII, p. 257). Cfr. MARTOU, t. II, p. 24, n. 306; PONT, p. 49, n. 69.

del fallimento. Il codice di commercio dice che queste spese sono sostenute dall'attivo *mobiliare*, il che significa che sono pagate preferibilmente ai creditori fra i quali vien ripartito l'attivo, dopo prelevate le spese (codice di comm. del 1880, art. 558).

323. Ora si comprenderà perchè e in qual senso le spese di giustizia sono privilegiate. I termini di cui le leggi si servono per indicare l'esercizio del privilegio delle spese di giustizia sono significantissimi. Esse sono *dedotte*, *prelevate*, *distrutte* sui denari che compongono l'attivo (codice di proc., art. 657, 662, codice di comm., art. 538). In realtà, il creditore delle spese di giustizia non concorre cogli altri creditori; egli non è in conflitto con essi. Sono i creditori medesimi che pagano le spese cui dovettero assoggettarsi per conservare il pegno comune, per venderlo e per distribuirsene il prezzo. È naturale che chi fa le spese le paghi. Ora le spese di giustizia sono fatte dai creditori, quand'anche non figurino tutti negli atti che vi danno luogo. Non tutti intervengono per chiedere l'apposizione dei sigilli. Basta che vi abbiano interesse perchè debbano sopportarle giacchè senza di esse il loro pegno rischierebbe di perire. È dunque in grazia di queste spese ch'essi ricevono il pagamento al quale hanno diritto. Se si vuol dare il nome di *privilegio* a tale deduzione delle spese, esso è certo il più legittimo dei privilegi. Ecco perchè ha il primo posto fra i crediti privilegiati.

324. Il principio è dunque che tutte le spese fatte per la conservazione, la liquidazione, la distribuzione del pegno comune dei creditori e nel loro interesse comune sono privilegiate, siano fatte giudizialmente o stragiudizialmente. Al contrario, non sono pivilegiate, quantunque fatte giudizialmente, le spese che uno dei creditori fa nel suo solo interesse. Tali sono le *dèpens*, vale a dire le spese che un privato espone contro un altro privato per far giudicare una differenza che esiste fra loro. È la definizione di Tarrible nel suo *Trattato dei privilegi*, uno dei più antichi e dei migliori. Le spese, egli dice, formano l'oggetto d'un credito privato, che la sentenza mette a carico della parte che soccombe e che non gode d'alcun privilegio (1), per esempio le spese che uno dei creditori fa per acquistare un titolo esecutivo, o per respingere le contestazioni di cui la sua domanda è oggetto. Lo scopo stesso dell'azione prova che le spese non sono fatte che nell'interesse particolare del creditore, e quindi non può essere questione del privilegio delle spese di giustizia (2). Si sostiene però che le spese devono essere considerate come accessorio del credito, e sono, per conseguenza, privilegiate, se

---

(1) TARRIBLE, in MERLIN, *Repertorio*, v. *Privilége*, sez. p. 188 e seg.).

(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 25, n. 316; PONT, t. I, p. 48, n. 67, e le sentenze che cita. Bisogna aggiungere Liegi, 8 marzo 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 355).

il credito principale è privilegiato. Non sarebbe il privilegio delle spese di giustizia il primo di grado; sarebbe il privilegio inerente al credito principale, col grado che la legge accorda a questo. La questione è controversa. Vi ritorneremo.

325. Rimane una difficoltà concernente il principio. Le spese di conservazione sono spese di giustizia. Si devono intendere come tali soltanto quelle di apposizione dei sigilli e d'inventario? Questi sono esempi, ma il principio non va limitato alle applicazioni che se ne fanno. Se si anticipano giudizialmente delle spese per aumentare il patrimonio del debitore, o per impedire che sia diminuito, queste spese saranno privilegiate come spese di conservazione. Non vi è dubbio su di ciò; ma in questa materia non bisogna mai perdere di vista una condizione, ed è che le spese devono esser fatte nell'interesse dei creditori. Uno dei creditori impugna un atto coll'azione pauliana, e fa rientrare nella massa un bene alienato dal debitore. Le spese ch'egli avrà fatte saranno privilegiate, poichè tendono a conservare il pegno comune dei creditori (1). La questione diviene dubbia quando è il debitore che agisce per conservare il suo patrimonio, domandando, per esempio, la nullità d'una convenzione per causa di vizio di consenso. È stato giudicato che queste spese non sono privilegiate (2), e noi crediamo che la decisione sia fondata sul rigore dei principii. Vi ha una differenza essenziale fra l'azione proposta dai creditori e quella iniziata dal debitore. I creditori non possono intentare l'azione pauliana che quando l'atto fraudolento importa od accresce l'insolvibilità del debitore. È dunque certo che questa azione ha per oggetto l'interesse comune dei creditori; il che è decisivo, mentre il debitore agisce innanzi tutto nel suo interesse personale, senza che si possa dire che l'interesse dei creditori è impegnato nella causa. La questione di sapere se le spese di giustizia sono privilegiate non sorge che nel caso in cui il debitore sia insolvibile. Quando egli agisce in un tempo in cui è solvibile, l'interesse dei suoi creditori non è in causa. Che importa loro che il debitore sia più o meno ricco? Senza dubbio il debitore solvibile all'inizio della lite può divenire insolvibile più tardi, ma questo interesse lontano che i creditori hanno in ogni lite sostenuta dal loro debitore non basta perchè le spese siano privilegiate. Il privilegio nasce col credito. Ora, quando il debitore agisce, le spese non sono privilegiate, e quindi non possono divenirlo più tardi.

326. La Corte di cassazione ha applicato questo principo alle

---

(1) Bordeaux, 28 maggio 1832 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 144). Cfr. Bourges, 9 luglio 1846 (DALLOZ, 1846, 4, 423). PONT, t. I, p. 47, n. 69.

(2) Douai, 16 luglio 1847 (*Journal du Palais*, 1847, 2, 61). Nello stesso senso, una sentenza del tribunale di commercio di Bruxelles del 29 gennaio 1877 (*Pasicrisie* 1877, 3, 167). Cfr. MARTOU, t. II, p. 24, n. 316. Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte d'Aix, 12 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 138) senz'altro motivo che il preteso potere discrezionale del giudice.

spese stragiudiziali. Viene operato un sequestro su certi lavori di piantagione e coltivazione di zucchero. Queste spese sono privilegiate? In un primo caso, la Corte di cassazione ha deciso la questione negativamente. Si trattava di lavori eseguiti in forza d'una convenzione intervenuta col proprietario lungo tempo prima del sequestro. Al momento del contratto queste spese non costituivano certamente spese fatte nell'interesse dei creditori, e quindi non potevano divenirlo più tardi, per la circostanza accidentale che i lavori erano stati fatti durante l'amministrazione del sequestro. Il giudice del fatto aveva constatato inoltre che i lavori non erano d'alcuna utilità pei creditori ipotecarii inscritti sul fondo. Sotto nessun rapporto si poteva dunque dire ch'esse erano state intraprese nel loro interesse. La conseguenza era evidente : non si poteva reclamare il privilegio che la legge non accorda se non per le spese fatte nell'interesse comune (1).

In un altro caso intervenne una decisione differente, perchè i fatti erano diversi. Si trattava di spese fatte da un sequestrante nominato dal giudice col consenso di tutti i creditori, in ispecie dei creditori ipotecarii! Queste spese, avendo avuto per risultato di conservare ed utilizzare il pegno comune di tutti i creditori, avevano per ciò stesso il carattere di spese fatte nell'interesse di tutti i creditori, e quindi erano privilegiate (2).

327. Il principio che le *spese* fatte da un creditore contro il debitore, nell'interesse del proprio credito, non sono privilegiate è applicabile quando l'azione sia proposta contro la massa dei creditori, rappresentata dall'erede benefiziato, dal curatore ad una eredità vacante o dal sindaco d'un fallimento? Nella pratica, queste spese si considerano come dovute dalla massa, e se ne ammette il prelevamento. La pratica si giustifica coi principii che abbiamo esposto. Quando la domanda è proposta da un creditore contro il debitore, non sono in causa che interessi privati. Il creditore non agisce certo nell'interesse degli altri creditori, e il debitore si difende nel suo proprio interesse. Ma quando è in causa la massa dei creditori, non si tratta più d'un interesse individuale. Nella lite è impegnato l'interesse di tutti: la massa convenuta vuol eliminare un creditore il cui concorso verrebbe a diminuire il pegno comune. In questo senso, le spese hanno per oggetto di conservare il pegno di tutti. Poco importa, dopo ciò, chi vince. Non è l'esito della lite che bisogna considerare, ma l'oggetto della domanda (3).

328. Il privilegio delle spese di giustizia differisce molto dagli altri privilegi. Questi danno al creditore una preferenza assoluta a riguardo di tutti coloro che concorrono sui beni del debitore.

---

(1) Cassazione, 15 marzo 1875 (DALLOZ, 1875, 1, 273).
(2) Rigetto, sezione civile, 29 giugno 1875 (DALLOZ, 1872, 1, 471).
(3) AUBRY e RAU, t. III, p. 128, nota 5, § 260.

Le spese di giustizia, al contrario, non danno al creditore privilegiato che una preferenza relativa a riguardo di coloro nell'interesse dei quali sono state fatte. Tali sono i termini dell'art. 17. E se l'art. 19 dice che le spese di giustizia sono privilegiate sulla generalità dei mobili, e assegna loro il primo grado a riguardo di tutti gli altri creditori, è perchè suppone, come dice il testo, che le spese siano state fatte nell'interesse comune dei creditori. Il carattere relativo del privilegio delle spese di giustizia risulta dalla natura stessa del privilegio e dal motivo sul quale è fondato. Questo privilegio non è altro che l'obbligo incombente ai creditori di sopportare le spese che fanno o che si fanno nel loro interesse. Ora, non tutte le spese hanno luogo necessariamente nell'interesse di tutti i creditori, e se è giusto che coloro cui le spese interessano le paghino, sarebbe enormemente ingiusto metterle a carico dei creditori che non vi sono interessati.

Il privilegio delle spese di giustizia ha un carattere relativo anche per quanto riguarda i beni sui quali si esercita. Secondo i termini dell'art. 17, si potrebbe credere ch'esso si eserciti su tutti i beni mobili ed immobili, ma questa disposizione va intesa nel senso dell'art. 19, vale a dire che il privilegio cade su tutti i beni quando tutti i creditori sono interessati alle spese, ma se vi sono creditori che hanno un privilegio su beni pei quali le spese non sono state fatte, esse non potranno più venir prelevate su questi beni, perchè sarebbero prelevate sopra un creditore a riguardo del quale le spese non sono privilegiate (1).

La giurisprudenza s'era già pronunciata in questo senso sotto l'impero del codice civile, benchè il testo parlasse in termini generali delle spese di giustizia. Queste spese sono quelle, diceva la Corte di cassazione, che vennero fatte nell'interesse delle parti sulle quali deve aver luogo la preferenza (2). La Corte soggiunge che la restrizione è consacrata dall'art. 662 del codice di procedura. Quando i mobili d'un locatore sono stati sequestrati e venduti a richiesta dei creditori, le spese fatte per la distribuzione del prezzo di vendita sono prelevate con privilegio *sopra ogni credito salvo quelli per pigioni dovute al proprietario.* Così le spese di distribuzione non sono privilegiate a riguardo del locatore. Perchè? Perchè il locatore non vi ha alcun interesse. Infatti, l'art. 661 gli permette di far statuire sul suo privilegio con semplice ordinanza e prima di ogni procedura di distribuzione per contributo. Le spese fatte per effettuare questa distribuzione gli sono dunque estranee, e, per conseguenza, non potrebbero essere privilegiate a suo riguardo. Ma ciò non è vero, come dice la Corte di Rouen, che per le *spese di distribuzione.* Quanto alle spese fatte per la conserva-

(1) MARTOU, t. II, p. 26, n. 318; AUBRY e RAU, t. III, p. 128 e seg., § 260; PONT, t. I, pp. 48 e 49, nn. 67 e 68.

(2) Rigetto, sezione civile, 20 agosto 1821 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 603).

zione e la realizzazione del pegno, esse sono comuni al proprietario. Dunque questi deve aiutare a sopportarle e per conseguenza esse sono privilegiate a suo riguardo (1). Vedremo più avanti altre applicazioni del principio.

§ II. — *Applicazione del principio.*

N. 1. — Spese di sigilli e d'inventario.

329. Le spese di apposizione dei sigilli, di custodia e d'inventario sono sempre state considerate come spese di giustizia, e come tali privilegiate. E siccome tutti i creditori sono interessati a che i beni del debitore siano conservati, le spese che tendono a conservare il loro pegno sono, in generale, privilegiate a riguardo di tutti. Diciamo in generale, perchè non vi ha nulla d'assoluto in questa materia. La sentenza della Corte di Rouen, che abbiamo citata (si vegga la nota 1), decide che le spese di conservazione sono privilegiate a riguardo del locatore. Bisogna aggiungere la condizione se questi ne approfitta. Ma il proprietario ha vie più spiccie per impedire la distrazione dei mobili, il sequestro conservativo ed il sequestro presso terzi. Se vi ricorre, le spese di sigilli e d'inventario gli diventano estranee, e quindi non deve sopportarle (2). Anche il locatore può, come ogni altro creditore, chiedere l'apposizione dei sigilli. Va da sè che, in questo caso, le spese sono privilegiate a suo riguardo, perchè gli si può applicare alla lettera la regola che domina questa materia, cioè che il creditore che fa delle spese deve sopportarle (3).

330. Le spese di apposizione dei sigilli sono privilegiate a riguardo dei creditori ipotecari? Per principio, no. I sigilli conservano i mobili e i creditori ipotecarii esercitano il loro diritto sugli immobili. Si obbietta che i creditori ipotecarii hanno interesse alla conservazione dei mobili, innanzi tutto perchè possono trovarvisi dei titoli che stabiliscono i diritti di proprietà del debitore sugli immobili destinati al pagamento dei loro crediti; poi perchè essi hanno un regresso sussidiario sulla massa mobiliare, in caso d'insufficienza dei beni ipotecati (4). Quanto ai titoli, bisognerebbe supporre che ve ne siano, e bisogna supporre inoltre che la proprietà sia contestata. Se si riscontrano queste due condizioni, il creditore ipotecario dovrà concorrere al pagamento delle spese, ma è una rara eccezione, e non si può, per un interesse

---

(1) Rouen, 30 gennaio 1851 (DALLOZ, 1852, 2, 37). Vedi un'altra applicazione dello stesso principio, in una sentenza di cassazione del 26 luglio 1848 (DALLOZ, 1849, 1, 328).

(2) MARTOU, t. II, p. 27, n. 322, e le autorità che cita. Cfr. TROPLONG, n. 124.

(3) Parigi, 27 marzo 1824 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 169).

(4) DURANTON, t. XIX, p. 42, n. 40; TROPLONG, n. 131.

puramente eventuale, porre come regola che le spese sono privilegiate a riguardo dei creditori, quando, quasi sempre, queste spese sono loro inutili. Lo stesso è a dirsi del regresso sussidiario che i creditori esercitano sui mobili. Non è un motivo per rendere privilegiate le spese di sigilli sui beni immobili destinati all'ipoteca. È cosa evidente. Che se i creditori concorrono realmente sulla massa mobiliare, devono per ciò stesso contribuire al pagamento delle spese di sigilli poichè queste si prelevano sulla massa (1). La Corte di Parigi obbietta che le spese di giustizia sono privilegiate sugli immobili. Senza dubbio, ma con questa distinzione che non possono essere prelevate sul prezzo degli immobili nell'interesse dei quali non sono state fatte.

330 *bis*. L'applicazione di questi principii ha dato luogo ad una difficoltà che fu portata avanti la Corte di cassazione del Belgio. Dopo la morte d'un commerciante, la vedova fece procedere ad un inventario per la conservazione dei *diritti suoi e di ogni altro*. Posteriormente il defunto venne dichiarato fallito. Il notaio reclamò il privilegio per le spese d'inventario. Il curatore fece opposizione. Il tribunale di commercio decise che le spese non erano privilegiate, attesochè l'inventario era stato redatto nell'interesse personale della vedova, legataria universale, per tutelare i suoi diritti. Quanto ai creditori, non si poteva dire ch'essi avessero interesse all'inventario, perchè non era necessario per l'esercizio dei loro diritti. Sul ricorso la sentenza fu cassata. Importa constatare i motivi. L'inventario era stato steso il 27 giugno 1874, e il fallimento non fu dichiarato che il 4 agosto susseguente. Per vedere se i creditori avevano o meno interesse all'inventario, bisogna fare astrazione dalla dichiarazione di fallimento, che, posteriore all'inventario, non ha potuto modificare il carattere delle spese. Ora, l'inventario fatto dopo la morte d'un commerciante interessa tutti coloro che hanno un diritto da esercitare sui valori mobiliari ch'egli lascia e quindi i creditori erano interessati alle spese dell'inventario, benchè il notaio vi avesse proceduto a richiesta della vedova. Ne consegue che, al momento della confezione dell'inventario, le spese erano privilegiate. Potevano esse perdere questo carattere colla dichiarazione di fallimento? Il notaio aveva un diritto acquisito ad essere pagato preferibilmente agli altri creditori. Questo diritto non poteva più essergli tolto. Ciò suppone che il privilegio è un diritto reale, e colpisce, a questo titolo, i beni che ne sono gravati. È quello che dice implicitamente la Corte soggiungendo: « che i beni inventariati si sono trovati nella massa del fallimento col diritto di privilegio che li colpiva a favore del notaio che aveva steso l'inventario » (2).

---

(1) Parigi, 28 gennaio 1812 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 210).
(2) Cassazione, 30 dicembre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 1, 47).

N. 2. — **Spese di sequestro e di vendita.**

331. Si distinguono le spese ordinarie e le spese straordinarie. Le prime sono quelle che devono esser fatte per realizzare il pegno comune dei creditori. Esse sono più necessarie delle spese di conservazione, non essendolo queste che in forza della mala fede del debitore, la qual cosa costituisce l'eccezione, mentre non si concepisce la distribuzione del pegno fra i creditori senza che i beni siano venduti. Dunque tutti i creditori, senza distinzione, devono sopportare queste spese.

332. Riguardo alle spese straordinarie, la legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione dispone ch'esse saranno pagate con privilegio sul prezzo quando così sarà stato ordinato dal giudice. Ecco un caso nel quale il giudice gode di un potere discrezionale. L'esistenza medesima del privilegio dipende dalla sua decisione. Ciò non è nello spirito della legge. È il legislatore, e non l'interprete, che conferisce il privilegio, mentre, nella specie, la legge dice bensì che le spese di giustizia sono privilegiate, ma permette al giudice di decidere che le spese straordinarie non sono privilegiate. Quale è la ragione di questa disposizione eccezionale? Per spese straordinarie s'intendono quelle che si fanno nelle contestazioni suscitate, sia dal sequestrato, sia da un creditore. Per principio, queste spese devono godere di un privilegio, se sono fatte nell'interesse comune dei creditori. Ma come sapere se veramente è così? Il sequestrato può aver tutt'altro movente, quello di ritardare la vendita, nella speranza di procurarsi risorse. Talvolta egli ha un motivo meno lodevole, quello d'intralciare il sequestro con cavilli. Quando sono creditori che contestano i diritti di un altro creditore, si potrebbe credere che essi agiscano sempre nell'interesse della massa; ma possono anche essere inspirati da cattive passioni. In ogni caso, non bisognava incoraggiarli a contestare a torto ed a traverso, mettendo a carico della massa tutte le spese che faranno. Siccome non vi era modo di decidere *a priori* queste difficoltà di fatto, la legge ha dovuto rimettersi al giudice. Non è a dirsi per questo che il giudice abbia un potere arbitrario. Egli deve conformarsi allo spirito della legge, esaminando se le spese siano fatte o meno nell'interesse comune dei creditori. Forse il legislatore avrebbe fatto bene a dirlo (1).

Che dovrà dirsi delle spese straordinarie che si fanno nella procedura del sequestro mobiliare? Martou risponde che generalmente si riconosce la stessa facoltà al giudice, perchè vi ha l'identica ragione. Ciò è vero, ma si può argomentare per analogia in materia eccezionale? È una difficoltà teorica, perchè, se si

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 31, n. 329.

rifiuta al giudice il potere d'apprezzamento in forza della legge del 1854, esso lo eserciterà in forza della legge ipotecaria e del codice civile. Infatti, la sola condizione che la legge esige perchè le spese di giustizia siano privilegiate si è che siano state fatte nell'interesse comune dei creditori. Ora, spetta al giudice decidere se le spese interessano tutti i creditori. La questione è più di fatto che di diritto, e, per ciò stesso, il giudice del fatto ha un potere sovrano d'apprezzamento.

N. 3. — Spese di distribuzione e di graduatoria.

333. L'art. 662 del codice di procedura dispone che le spese di escussione saranno prelevate con privilegio. Quali sono queste spese d'escussione? La rubrica del titolo XI ce lo dice, si tratta della distribuzione per contributo. Queste spese interessano tutti i creditori, poichè non possono essere pagati finchè non è regolata la distribuzione.

334. Non vi ha difficoltà per le spese ordinarie. Ma che dovrà dirsi delle spese straordinarie alle quali danno luogo le contestazioni dei creditori fra loro? Bisogna applicare il principio generale che governa la materia. Se le contestazioni riguardano l'interesse particolare delle parti che sono in causa, non può essere questione di privilegio. Soltanto le spese che interessano tutti i creditori sono privilegiate. Chi deciderà se vi ha un interesse comune? Il giudice, giusta quanto abbiamo detto (n. 332).

335. Sorge contestazione contro un creditore di cui l'attore vuol far ridurre o respingere il credito. Egli vince. La parte che soccombe viene condannata nelle spese. Queste spese sono privilegiate? Si decide concordemente che non sono spese privilegiate. Non è ciò troppo assoluto? Se le spese straordinarie, in materia di sequestro e di vendita, possono essere poste a carico della massa (n. 332), perchè non accadrebbe lo stesso delle spese in materia di distribuzione? Non è un interesse comune eliminare un creditore il cui diritto non fu provato? Sarebbe altrimenti se uno dei creditori contestasse il grado dell'altro, e la contestazione non interessasse che le due parti in causa. L'interesse non essendo comune, non può più parlarsi di privilegio (1).

336. Supponendo che le spese non siano privilegiate, non si deve ammettere almeno che, se il credito è privilegiato, le spese partecipano al grado del credito principale? L'affermativa è consacrata dalla giurisprudenza, e tale è pure l'opinione comune

---

(1) Vedi un'applicazione del principio in una sentenza della Corte di Parigi del 5 marzo 1872 (DALLOZ, 1873, 2, 183).

degli autori, ma è un punto dubbio. Non vi ha privilegio senza testo, e ov'è il testo che dichiara privilegiate le spese che un creditore fa per ottenere una preferenza a riguardo degli altri? Non sono spese di giustizia, e la legge non accorda privilegio ad altre spese. Dire che le spese sono privilegiate come accessorio è eccedere la legge. I veri accessorii di un credito sono gli interessi, perchè è della natura dei crediti di produrre interessi, ma non si dirà certo che sia della natura dei crediti privilegiati generare liti. Non è che per caso che sorgono contestazioni sull'esistenza di un privilegio. Se la questione non interessa che le parti litiganti, non si può trattare di dare un privilegio alle spese; si resta sotto l'impero del diritto comune (1).

Vi ha una sentenza della Corte di Bruxelles in senso contrario (2). La Corte dice benissimo che gli interessi di un credito ne costituiscono l'accessorio e sono della stessa natura. Si opponeva l'art. 87 della legge del 1851, il quale non ammette il collocamento dei creditori privilegiati che per tre annate d'interessi. La Corte risponde, e in questo ancora ha ragione, che tale disposizione deroga al diritto del creditore inscritto sopra un immobile, nell'interesse dei terzi, ma la legge non restringe il diritto del creditore privilegiato sui mobili; il che decide la questione in di lui favore. La Corte però ha torto, a nostro avviso, quando soggiunge che lo stesso avviene delle spese di giustizia. Dire che queste spese sono un accessorio del credito principale, è fare un'affermazione; ma affermare non significa provare.

337. Si seguono gli stessi principii per la procedura della *graduazione*. A termini dell'art. 759 del codice di procedura, il giudice delegato liquida le spese d'escussione e di radiazione, le quali vengono collocate preferibilmente ad ogni altro credito. La ragione è quella stessa che abbiamo data per le spese di contributo. I creditori ipotecarii non possono essere soddisfatti che quando sia stato regolato l'ordine in cui dovranno ricevere il pagamento. Trattasi dunque di una spesa necessaria, fatta nel loro interesse, e perciò privilegiata.

Possono sorgere contestazioni sul processo verbale del giudice delegato. Queste spese straordinarie saranno privilegiate? Il codice di procedura contiene, al riguardo, disposizioni particolari (art. 760 e 768), alle quali rimandiamo, perchè questa materia riguarda piuttosto la procedura che il diritto civile (3).

---

(1) Martou, t. II, p. 34, n. 331. In senso contrario, Duranton, t. XIX, p. 43, n. 42. Persil, *Regime ipotecario*, t. I, p. 62 (art. 2101, n. I).

(2) Bruxelles, 26 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 129).

(3) Vedi Martou, *Commentario*, t. II, p. 36, nn. 334 e 335.

N. 4. — **Delle spese di divisione.**

338. La divisione di un'eredità, d'una comunione, d'una società dà luogo a spese. Si domanda se queste siano privilegiate. Lo saranno quando si tratti di spese di giustizia, vale a dire che si fanno nell'interesse comune, per liquidare beni comuni. Il principio non è contestato, poichè sta scritto nella legge. L'applicazione invece ha dato luogo a difficoltà.

339. Un decreto reale erige in chiesa parrocchiale un'antica cappella, soppressa durante la rivoluzione francese, e i cui beni erano stati tutti riuniti a quelli di un'altra chiesa. Donde un giudizio di divisione. La fabbriceria convenuta sostenne che non si potevano dividere i beni acquisiti durante la riunione delle due chiese. Le spese di questa causa erano forse spese di giustizia a carico della massa? No, dice la Corte di Bruxelles, ed a ragione. Infatti, non si trattava d'operazioni di divisione fatte per un interesse comune: il diritto alla divisione era contestato, e lo era nell'interesse di una delle parti litiganti. Erano dunque spese che dovevano stare a carico della parte soccombente (n. 334) (1).

340. Perchè vi sia privilegio bisogna che le spese siano fatte nell'interesse comune. I condividenti hanno un interesse comune quando si tratta d'operazioni che posero fine all'indivisione. Avviene sovente che i creditori dei condividenti chiedano la divisione o v'intervengano. In questo caso, anch'essi sono parti interessate, e, per conseguenza, le spese sono privilegiate a loro riguardo. Infatti, secondo la legge del 15 agosto 1854 sull'espropriazione forzata (art. 2, § I), i creditori dei condividenti non possono sequestrare le quote indivise prima della divisione o della licitazione. Essi sono dunque interessati a che l'indivisione cessi poichè non possono agire finchè dura l'indivisione.

I creditori ipotecarii hanno, in generale, un diritto sui beni, che permette loro di sequestrarli senza che la relativa azione sia arrestata dalle contestazioni nelle quali il proprietario è impegnato. Se si tratta d'una procedura di divisione, bisogna distinguere. Il principio riceve la sua applicazione ai creditori ipotecarii del defunto. Essi non hanno alcun interesse alla divisione, la quale non ha influenza sui loro diritti, e quindi le spese di divisione non sono spese di giustizia riguardo ad essi (2). Non così se l'ipoteca è stata consentita da un condividente. La validità dell'ipoteca dipende, in questo caso, dal risultato della divisione. Se l'immobile cade nel lotto di quello fra i condividenti

(1) Bruxelles, 11 maggio 1868 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 454).
(2) Bourges, 16 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 118).

che ha consentito l'ipoteca, essa è valida; se cade nel lotto di un altro condividente, è nulla. Questo principio è stato modificato dalla legge del 1852 sull'espropriazione. In caso di licitazione, il creditore ipotecario può esercitare il suo diritto sul prezzo, e, in caso di divisione con conguaglio, sulle somme che il debitore del conguaglio è tenuto a pagare. Il creditore ipotecario è dunque sempre interessato nelle operazioni della divisione; il che decide la questione delle spese (1).

341. Le spese d'una divisione puramente volontaria sono privilegiate? Fu giudicato che il credito del notaio il quale procedette alla divisione non gode d'alcun privilegio. Non sono spese di giustizia, poichè si suppone che non vi sia alcuna procedura di divisione, e quindi non intervento dell'autorità giudiziaria, non concorso dei creditori. Su queste circostanze, la divisione notarile non differisce per nulla da un contratto ordinario, come una vendita, e quindi resta sotto l'impero del diritto comune per quanto riguarda le spese fatte dalle parti contraenti (2).

342. Che dovrà dirsi delle spese cagionate dalle contestazioni che sorgono durante una causa di divisione o dopo la divisione? D'ordinario la lite non riguarda che l'interesse dell'attore, e, dal momento che le spese sono fatte per un interesse individuale, non si può più trattare d'un privilegio. Una vedova propone una domanda di divisione all'effetto di far determinare l'ammontare delle sue riprese. Le spese della causa saranno privilegiate a riguardo de' suoi creditori? Si può dire che queste spese hanno per oggetto d'aumentare il patrimonio del debitore e che in tal senso interessano i creditori. Ma questo interesse remoto non basta perchè le spese siano privilegiate a loro riguardo (n. 325). Nel caso che si è presentato avanti la Corte di cassazione non vi era dubbio. I diritti dei creditori non erano sorti che posteriormente alla causa, e quindi non si poteva dire che le spese fossero fatte nel loro interesse (3).

Sarebbe lo stesso delle spese d'una contestazione sollevata da qualche creditore d'un condividente contro le operazioni di divisione, nel solo loro interesse. È il caso di dire che la condanna nelle spese è la pena del litigante temerario. Quelli che soccombono le pagano. Prelevarle sulla massa sarebbe farle sopportare in parte da quelli dei creditori che non hanno preso alcuna parte alla lite, e che non hanno voluto parteciparvi, poichè non vi sono intervenuti. Non vi ha dunque interesse comune, e senza interesse comune non si concepisce privilegio di spese di giustizia (n. 318) (4).

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 42, n. 341.
(2) Rigetto, 14 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 32).
(3) Rigetto, sezione civile, 24 giugno 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 374).
(4) Orléans, 26 luglio 1849 (DALLOZ, 1850, 2, 29).

N. 5. — Spese d'amministrazione d'un'eredità benefiziata.

343. L'erede beneficiato amministra la successione nell'interesse dei creditori e legatari e nel suo proprio. Qui vi ha un interesse comune, e quindi le spese richieste dalla gestione devono essere sopportate da tutti gli interessati, ossia sono spese di giustizia (1).

344. Quali sono le spese d'amministrazione che godono d'un privilegio? L'art. 810 stabilisce che le spese di sigilli, d'inventario e di contabilità stanno a carico della successione. Questa disposizione non è restrittiva. L'erede beneficiato è nel caso di sostenere delle liti per l'interesse della successione sia come attore, sia come convenuto. Egli rappresenta tutti gli interessati, creditori e legatari. Le spese sono dunque fatte per un interesse comune e quindi sono privilegiate (2).

Tuttavia può darsi che le spese delle liti non siano privilegiate a riguardo di tutti i creditori. Non bisogna perdere di vista che il privilegio delle spese di giustizia ha una causa essenzialmente relativa, l'interesse di coloro che le iniziano e che devono sopportarle. L'erede beneficiato contesta una domanda di pagamento fatta da due creditori privilegiati. Soccombe. Le spese saranno privilegiate a riguardo dei convenuti? No, dice la Corte di cassazione, perchè sarebbe assurdo dire che queste spese sono state fatte nell'interesse dei creditori contro i quali l'erede agiva, e sarebbe altrettanto assurdo dire ch'egli era il rappresentante di coloro che combatteva. Dunque le spese non erano privilegiate che a riguardo degli altri creditori e legatarii. Abbiamo riportato il caso altrove (vol. X, n. 180).

N. 6. — Spese di curatela d'un'eredità giacente.

345. Il curatore d'un'eredità giacente amministra nell'interesse degli eredi, se ve ne sono, e dei creditori. Tale è lo scopo della sua nomina. Egli è, in generale, assimilato ad un erede benefiziato (art. 814). Si deve dunque applicargli l'art. 810, e quanto abbiamo detto delle spese d'amministrazione. Vi ha però una notevole differenza fra l'erede beneficiato e il curatore. Questi riceve una retribuzione, mentre l'erede non è retribuito. Donde la questione di sapere se la retribuzione vada compresa fra le spese privilegiate. Il tribunale d'Anversa l'aveva decisa negativamente fondandosi sul senso della parola *frais*, che implica una spesa e non è applicabile agli onorari. Questa decisione venne rifor-

---

(1) Bordeaux, 12 aprile 1853 (Dalloz, 1853, 2, 242).
(2) Amiens, 24 aprile 1822 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 501, 1.°).

mata in appello, e sul ricorso è intervenuta una sentenza di rigetto. Che cosa sono le spese di giustizia? La Corte di cassazione risponde che sono atti compiuti coll'intervento dell'autorità giudiziaria, per la conservazione e la liquidazione dei beni d'un debitore, nell'interesse dei suoi creditori, sia direttamente da lei o davanti a lei, sia dalle persone che la legge le fa un dovere di preporre ad una amministrazione. Tale è il curatore. Può esservi curatela senza retribuzione? No, perchè la curatela non fu accettata che in forza della retribuzione che vi era annessa; quindi la retribuzione deve essere compresa fra le spese richieste dall'interesse comune, perchè il più grande interesse dei creditori e degli eredi, se se ne presentano, è che vi sia un curatore il quale amministri i beni (1).

346. Bisogna dire delle spese di curatela quanto abbiamo detto di tutte le spese di giustizia. Esse non sono privilegiate che a riguardo di coloro nel cui interesse si fanno. Si è domandato se queste spese fossero privilegiate a riguardo d'un locatore. Nel caso giudicato dalla Corte di Lione non vi era alcun dubbio almeno per le spese di nomina, perchè il locatore stesso aveva provocato la sentenza che aveva nominato un curatore alla eredità giacente. La Corte ha deciso che anche le spese di conservazione e di vendita devono essere prelevate sul prezzo della vendita preferibilmente alle pigioni (2). È questa piuttosto una decisione di fatto che di diritto. Il locatore ha un mezzo particolare per realizzare il suo privilegio, il sequestro conservativo. Se ne usa, non può essere questione di fargli sopportare altre spese oltre quelle che compie. Se non ne usa, bisogna naturalmente che il curatore proceda alla vendita, e, in questo caso, il locatore è soggetto al diritto comune. Vi è un'altra difficoltà. Se la nomina del curatore fosse provocata da un altro creditore o dal procuratore del re, il locatore sarebbe posposto alle spese che la nomina richiede? A nostro avviso, sì, perchè bisogna, in ogni caso, che vi sia un curatore contro il quale il locatore agisca. Dunque le spese di nomina interessano tutti i creditori che si trovano in condizione d'agire, e per conseguenza sono privilegiate a riguardo di tutti.

N. 7. — Spese del fallimento.

347. La legge sui fallimenti stabilisce (art. 561) doversi distrarre dall'attivo mobiliare del fallito le spese dell'amministrazione del fallimento. È l'applicazione del principio generale che regge le spese di giustizia. L'amministrazione del fallimento è un'ammi-

(1) Rigetto, 23 giugno 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 273). Cfr. Bruxelles, 25 maggio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 132).

(2) Lione, 16 gennaio 1851 (Dalloz, 1852, 2, 296).

nistrazione giudiziaria, la quale ha per oggetto l'interesse comune dei creditori. Le spese sono dunque spese di giustizia, secondo la definizione data dalla nostra Corte suprema (n. 345) per quanto riguarda le amministrazioni giudiziarie. Fra le spese bisogna comprendere non solo quelle di gestione propriamente dette, ma, innanzi tutto, quelle che hanno dovuto essere fatte per la dichiarazione del fallimento, come pure le spese delle liti sostenute dai curatori nell'interesse della massa. L'art. 561 non concede il privilegio che sull'attivo mobiliare, senza dubbio perchè generalmente l'attivo immobiliare è assorbito dai creditori ipotecari, i quali non hanno d'ordinario alcun interesse, come vedremo, all'amministrazione del fallimento. Ad ogni modo il privilegio delle spese di giustizia, in materia di fallimento, cade tanto sugli immobili quanto sui mobili in forza dell'art. 17 della legge ipotecaria, salvo ad applicare il principio consacrato da questa disposizione, che il privilegio non concerne se non i creditori e i beni nell'interesse dei quali le spese sono fatte (n. 328).

Bisogna applicare anche alle spese di fallimento quanto abbiamo detto delle spese di curatela. Vi si comprendono gli onorari dei curatori o sindaci. La giurisprudenza è in questo senso, e non vi ha dubbio (1).

348. Gli interessi dei diversi creditori, in caso di fallimento, sono complicatissimi; donde numerosi conflitti, specialmente per escludere i crediti privilegiati. Bisogna mantenere il principio del carattere relativo delle spese di giustizia. Privilegiate a riguardo di coloro nel cui interesse sono state fatte, esse non godono d'alcuna preferenza a rispetto ai creditori che non vi hanno alcun interesse. Il locatore ha un privilegio sui mobili che guarniscono la casa locata. Se il conduttore fallisce, il proprietario sarà posposto alle spese fatte per la dichiarazione di fallimento e per l'amministrazione dei beni? La giurisprudenza s'è pronunciata per la negativa, che non ci pare dubbia. Infatti, il locatore non ha alcun interesse a che il locatario sia dichiarato fallito. Egli ha un'azione diretta sugli oggetti mobiliari colpiti da privilegio, può sequestrarli, e quindi le spese di dichiarazione di fallimento e d'amministrazione gli sono estranee. La Corte di Bruxelles, che ha giudicato così, soggiunge che sul prezzo dei mobili che guarniscono la casa si possono prelevare soltanto le spese del sequestro e della vendita dei detti effetti, essendo queste spese necessarie per la realizzazione del privilegio (2).

349. I creditori ipotecarii sono posposti, sui beni ipotecati,

---

(1) Colmar, 4 luglio 1831 (Dalloz, v. *Faillite*, n. 555).

(2) Bruxelles, 2 novembre 1852 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 312). Lione, 27 marzo e 1.° aprile 1841 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 602, 3.° e 163), e 16 gennaio 1851 (Dalloz, 1852, 2, 296).

alle spese del fallimento. Vi ha qualche incertezza sulla questione nella giurisprudenza. La Corte suprema del Belgio ha consacrato i veri principii. Si trattava, nella specie, del grado che reclamavano i sindaci per le spese della loro gestione. Essi pretendevano di essere anteposti al creditore ipotecario, lo Stato o l'amministrazione del demanio iscritta sopra un immobile. Le spese di fallimento erano privilegiate sul prezzo di questo? Sì, diceva il ricorso. I sindaci sono mandatari di tutti i creditori, senza distinzione fra quelli che hanno un'ipoteca e quelli che non ne hanno. Le spese sono dunque un peso comune che grava tutti i beni, così gli immobili come i mobili, perchè non vi sono due masse di beni in un fallimento, ma un patrimonio unico che viene amministrato dai sindaci, in nome di tutti i creditori. Il ricorso ragionava male e non teneva alcun conto del carattere relativo delle spese di giustizia. Vi hanno, sotto il rapporto di queste spese, altrettante massime diverse quanti sono i beni che approfittano o non approffittano delle spese: nel caso concreto le spese giovavano ai creditori chirografarii. Dunque i sindaci potevano prelevarle sul prezzo dei mobili. Le spese giovavano anche a coloro che avevano diritti da esercitare sugli immobili non ipotecati, e pertanto le spese a loro riguardo erano privilegiate, e potevano essere prelevate sul prezzo di questi immobili. Ma tali spese non giovavano ai creditori aventi ipoteca sull'immobile, e quindi essi non dovevano sopportarle. Dovrà dirsi per ciò, come fu giudicato, che i creditori ipotecari non debbono mai contribuire alle spese? No, la Corte di cassazione dice benissimo che i creditori ipotecari non sono estranei al fallimento: essi prendono parte alla nomina dei sindaci, e quindi questi sono loro mandatari, come lo sono dei creditori chirografarii. Pertanto essi devono concorrere alle spese della loro gestione, non per tutte le spese, ma per quelle che si fanno nel loro interesse, e nella misura di questo. La conclusione della Corte si è che, nella specie, il creditore ipotecario non era tenuto al pagamento delle spese che non riguardavano punto l'immobile ipotecato (1).

La Corte suprema di Francia si è pronunciata nello stesso senso. Essa dice che i creditori ipotecari sono estranei al fallimento riguardo a tutti i diritti che le loro ipoteche possono garantire utilmente. Ne consegue che il privilegio per spese di gestione del fallimento non può colpire il loro pegno immobiliare che nei casi in cui queste spese hanno loro direttamente o indirettamente giovato. La difficoltà si risolve dunque in un punto di fatto. Se le spese anticipate dal sindaco hanno giovato ai creditori ipotecari, in questo caso saranno prelevate sul prezzo

---

(1) Rigetto, 15 luglio 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 89). In senso contrario, Parigi, 27 aprile 1846, e Rouen, 6 novembre 1812 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 1048).

degli immobili ipotecati. Nel caso contrario, i creditori ipotecari non saranno posposti alle spese di giustizia (1).

350. È stato giudicato che le spese di sigilli e l'inventario giovano ai creditori ipotecarii, senz'altro motivo (2), probabilmente per l'interesse eventuale che hanno i creditori ipotecari ad essere collocati sul prezzo dei mobili, in caso d'insufficienza degli immobili. Abbiamo già detto che questo interesse eventuale non era una ragione per prelevare spese sugli immobili, poichè, per gli immobili, non vi ha alcun interesse a che i mobili siano conservati (n. 329). Ma quando i creditori ipotecari si presenteranno alla massa mobiliare, sopporteranno per ciò stesso la loro parte nelle spese generali essendo le spese prelevate sul prezzo dei mobili.

Vi hanno, al contrario, delle spese che vengono prelevate esclusivamente sul prezzo degli immobili ipotecati, e sono le spese di vendita di questi beni. Esse sono estranee alla massa mobiliare e quindi non devono essere anteposte ai creditori che hanno un'azione sui mobili (3).

351. Si è presentata davanti la Corte suprema di Francia una questione di cui dobbiamo dire una parola, perchè riceve, secondo la nostra legislazione, una soluzione diversa da quella che le è stata data secondo il codice civile. Il sindaco paga il premio d'assicurazione d'un immobile compreso nella massa. Questa spesa può figurare fra le spese di giustizia privilegiate? Sì, dice la Corte di cassazione, se è una spesa che i sindaci hanno dovuto fare, e, per conseguenza, sarà prelevata sull'attivo mobiliare nella massa chirografaria, conformemente all'art. 565 (561 del codice belga) del codice di commercio. Ma non si può collocarla, quale spesa di giustizia, sul prezzo degli immobili assicurati, in danno dei creditori ipotecari, perchè essa non conserva la loro garanzia, non giova dunque loro, e per conseguenza, a loro riguardo, queste spese non sono spese di giustizia. Infatti, se l'immobile viene ad essere distrutto da un incendio, la garanzia dei creditori ipotecari perisce. Era così sotto l'impero del codice Napoleone. L'indennità dovuta dall'assicuratore non prendeva il posto dell'immobile assicurato, ma costituiva un semplice credito mobiliare che cadeva nella massa chirografaria dell'assicurato. Ne consegue che il premio doveva essere pagato da questa massa, alla quale giovava, e non dai creditori ipotecarii ai quali non giovava punto (4). La nostra legge ipotecaria ha derogato, sotto questo rapporto, al codice civile.

---

(1) Rigetto, sezione civile, 8 marzo 1848 (DALLOZ, 1848, 4, 304); rigetto, 13 aprile 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 417). Cfr. Bordeaux, 20 agosto 1836 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 1048).

(2) Rouen, 2 dicembre 1841 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 1048). Riom, 24 agosto 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 161).

(3) Bruxelles, 7 marzo 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 101).

(4) Cassazione, 26 gennaio 1875 (DALLOZ, 1875, 1, 52).

L'indennità dovuta dall'assicuratore prende il posto dell'immobile assicurato, e mediante una surrogazione reale è destinata specialmente al pagamento dei crediti ipotecarii (art. 10). Di qui una conseguenza tutto diversa per quanto riguarda la natura della spesa. Il premio giova sempre ai creditori ipotecarii, mentre non giova alla massa chirografaria, e quindi è giusto ch'esso sia privilegiato a riguardo dei primi.

N. 8. — Come si esercita il privilegio quando cade sui mobili e gli immobili?

352. Sotto l'impero del codice civile i privilegi generali sui mobili s'estendevano agli immobili, ma non si esercitavano sulla massa immobiliare che in caso d'insufficienza dei mobili (articolo 2105). Accade lo stesso del privilegio delle spese di giustizia, il solo privilegio che, secondo la nuova legge, grava i mobili e gli immobili? L'art. 17 non riproduce la restrizione che si trovava nell'art. 2105. Esso non dice che il privilegio si eserciti successivamente: il testo implica, al contrario, che gli immobili ed i mobili sono gravati indistintamente. Il silenzio della legge è significante, perchè il progetto presentato alle camere conteneva un paragrafo così concepito: « Nel caso in cui queste spese s'estendano sulla generalità dei mobili e degli immobili esse non saranno pagate sul prezzo degli immobili che in caso d'insufficienza dei mobili ». Questa disposizione venne stralciata sulla proposta della commissione del senato. Si legge nella relazione di d'Anethan: « Se le spese sono state fatte per i mobili e per gli immobili, perchè non esercitare il privilegio proporzionalmente sulle due masse? Perchè fare un vantaggio ai creditori privilegiati sugli immobili, a detrimento dei creditori privilegiati sui mobili? ». La soppressione votata dal senato fu ammessa dalla camera dei rappresentanti sulla relazione di Lelièvre. Le spese di giustizia, dice il relatore, devono colpire tutti i beni nell'interesse dei quali sono fatte. Bisogna dunque prelevare concorrentemente, ma in proporzione della loro importanza, sugli immobili e sui mobili, spese che giovano alla massa immobiliare ed alla massa mobiliare (1).

353. I relatori dell'una e dell'altra camera dicono che le due masse devono contribuire proporzionalmente alle spese. Ciò vuol dire che ogni bene non sopporta il credito privilegiato che per una parte delle spese corrispondente al suo valore. È la conseguenza logica del principio che domina in questa materia, cioè che il privilegio delle spese di giustizia è un privilegio essenzialmente relativo il quale non si esercita che sui beni nell'interesse dei

(1) D'Anethan, *Relazione* (Parent, p. 402); Lelièvre, *Relazione* (Parent, pagina 522).

quali le spese si fanno. Ora, l'interesse è in proporzione del valore dei beni, il che conduce ad una ripartizione proporzionale del privilegio. Invano si obbietta che le osservazioni dei relatori non vennero formulate in articoli di legge. È certo che le relazioni non hanno forza legale, ma, nella questione che discutiamo, i relatori non hanno fatto che applicare ai privilegi delle spese di giustizia un principio che deriva dall'essenza di questo privilegio e che è consacrato dall'art. 17. Si sarebbe dovuto decidere così quand'anche le relazioni non si fossero spiegate. Se citiamo le parole dei relatori, è perchè essi hanno una grande autorità, non solo come organi d'una commissione, ma anche come giureconsulti (1).

Sezione. III — Dei privilegi sui mobili.

354. « I privilegi sono o generali o particolari a determinati mobili » (art. 18). Abbiamo detto più sopra (n. 318) quale sia il valore di questa classificazione e quali differenze vi siano fra i privilegi mobiliari e i privilegi immobiliari (n. 318).

Art. 1. — Dei privilegi generali sui mobili

355. L'art. 19 (codice civ. art. 2101) enumera questi privilegi che sono in numero di cinque. Si è detto come forse inutile ripetere che le spese di giustizia sono privilegiate sulla generalità dei mobili dopo che l'art. 27 aveva dichiarato che questo privilegio cade *sui mobili e gli immobili.* Dire ch'esso grava tutto il patrimonio del debitore significa certo implicitamente che grava una porzione di questo patrimonio. Tuttavia la ripetizione ha la sua ragione d'essere, anzitutto perchè una disposizione che enumera i privilegi generali deve comprenderli tutti; poi la legge doveva menzionare le spese di giustizia per assegnar loro un grado. Infatti, l'art. 19 non si limita ad enumerare i privilegi generali sui mobili, ma li classifica anche: « I crediti privilegiati sulla generalità dei mobili sono quelli qui appresso indicati, e *si esercitano nell'ordine seguente* ». Il numero ch'essi portano indica il loro grado. Per completare questa regola di classificazione bisogna aggiungere l'art. 14, a termini del quale i creditori privilegiati che si trovano nello stesso grado concorrono fra loro pel pagamento. Il codice civile ripeteva questa disposizione nel n. 3 dell'art. 2101, parlando delle spese di ultima malattia. Era inutile, poichè il principio generale scritto nell'art. 2097 (legge ip.,

(1) Martou, *Commentario,* t. II, p. 58, n. 350. Cfr. Cloes, *Commentario,* t. I, p. 199, n. 358.

art. 14) è applicabile a tutti i privilegi dello stesso grado. Gli autori della legge belga hanno soppresso questa ridondanza.

356. Non abbiamo nulla da dire del privilegio delle spese di giustizia che grava i mobili. Questo privilegio è identico a quello dell'art. 17, di modo che tutto quanto abbiamo osservato riguardo alle spese di giustizia si applica all'art. 19, n. 1. Non è a dire per questo che il privilegio produca gli stessi effetti quando è immobiliare e quando è mobiliare. Queste due specie di privilegi sono, come abbiamo notato (n. 318), considerevolmente diverse. Come privilegio immobiliare, le spese di giustizia dovrebbero essere rese pubbliche. La nuova legge le dispensa dall'inscrizione. Ne diremo la ragione trattando della conservazione dei privilegi. I privilegi immobiliari non danno il diritto di evizione che a condizione d'essere inscritti. Il privilegio delle spese di giustizia, essendo dispensato dall'inscrizione, produce tutti i suoi effetti, la prelazione e il diritto di evizione, senza pubblicità.

§ I. — *Delle spese funerarie.*

357. Al secondo grado dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili la legge pone le spese funerarie (art. 19, 2.°). Quale è la *qualità* di questo credito che dà al creditore il diritto d'essere preferito ai creditori chirografarii? I giureconsulti romani rispondono che il privilegio, assicurando il pagamento delle spese funerarie, impedisce che i cadaveri restino senza sepoltura. Vi ha dunque una ragione di saniità pubblica, che è evidente. Vi è anche un motivo d'umanità e di pietà pure evidente. Quali che siano le credenze religiose, il legislatore deve vegliare, per rispetto alla personalità umana, a che i cadaveri non siano abbandonati in preda alle bestie feroci. Le considerazioni religiose hanno maggior importanza nelle religioni che ammettono la risurrezione dei corpi. Qui la pietà rasenta la superstizione perchè talvolta (diciamolo pure) un sacerdozio cupido e ambizioso specula sull'umana ignoranza nell'interesse della propria dominazione. Il legislatore non deve certamente favorire dei creditori che fanno mercato della religione: e poichè i privilegi sono creati da lui, non dovrà fare eccezione se non riguardo alle spese strettamente necessarie per la sepoltura. Tutto ciò che eccede queste spese favorisce l'abuso delle cose sante; mentre se la legge non può impedirlo, non deve almeno prestarvi mano (1).

358. Quali sono le spese privilegiate? La legge non definisce le spese funerarie, ma il motivo sul quale questo privilegio è

(1) Cfr. la dissertazione di TROPLONG (nn. 132-134) sul fondamento filosofico di questo privilegio.

stato in ogni tempo fondato implica che deve essere ristretto alle spese di sepoltura. Nel nostro antico diritto si diceva, come i giureconsulti romani, che il privilegio aveva la sua ragion d'essere nella considerazione d'ordine pubblico che abbiamo esposta, *ne hominum corpora maneant insepulta* (1). Vi ha una sentenza in questo senso del tribunale della Senna. Nella specie, l'attore reclamava un privilegio per il monumento funebre d'una persona morta insolvibile. Il tribunale dice benissimo che il solo credito privilegiato è quello delle *spese necessarie per i funerali*, come levata, trasporto e inumazione del corpo del defunto. Ora, un monumento funebre, per quanto modesto, è sempre una spesa suntuaria per la successione d'un insolvibile (2), e la legge non ha certo voluto che il pegno dei creditori servisse ad una spesa di lusso.

Ciò decide la questione di sapere se il lutto della vedova e dei domestici vada compreso nel credito privilegiato. Noi non ci capacitiamo come sia controversa. Non è principio che i privilegi sono della più stretta interpretazione? Tutti gli autori stabiliscono il principio, ma lo dimenticano quando si presenta un credito che sembra lor favorevole. Domanderemo se spetta agli interpreti decidere se un credito è favorevole. Tutti rispondono di no. Ora, non è creare un privilegio che la legge ignora l'accordarlo pel lutto della vedova e dei domestici, quando la legge non concede il privilegio che alle spese funerarie? Che cosa ha di comune il lutto col seppellimento? La legge vede con favore il lutto della vedova e cerca di procurarglielo (art. 1481 e 1570), ma si eccede la legge facendo del credito del lutto un credito privilegiato, ed eccedere la legge in materia di privilegio è fare la legge. Questa è una risposta all'argomento che si attinge nella tradizione. « Il lutto, dice Pothier, che gli eredi del marito sono obbligati di fornire alla vedova, è riguardato come facente parte delle spese funerarie del marito. È così che lo considerano Lebrun, Renusson ed altri. In conseguenza è uso dare alla vedova, per il credito del suo lutto, lo stesso privilegio che a quello delle spese funerarie » (3). Abbiamo avuto sovente l'occasione di constatare che la tradizione è una guida che inganna, e qui è appunto il caso. Gli autori antichi non erano, come noi, vincolati da un testo. Essi facevano il diritto, mentre noi abbiamo soltanto mandato d'interpretare la legge. E che dice la legge? Essa accorda un privilegio alle spese funerarie, e sta il principio che non si possono estendere le cause di prelazione. Questo è decisivo, perchè il diritto che si reclama per la vedova non ha nulla di comune colla pubblica sanità nè col rispetto della persona umana (4).

---

(1) Vedi le testimonianze in MARTOU, t. II, p. 63, n. 355, nota 4.
(2) Sentenza del 6 maggio 1873 (DALLOZ, 1875, 3, 8).
(3) POTHIER, *Comunione*, n. 678.
(4) Vedi le testimonianze, in senso diverso, in PONT, t. I, p. 53, n. 73, e AUBRY

359. Si insegna che per spese funerarie bisogna intendere non solo quelle del debitore, ma anche quelle dei figli del debitore, ed eziandio di altri parenti che dimoravano con lui. Vi ha, si dice, lo stesso motivo di decidere (1). Ecco ancora una volta l'argomentazione analogica, mentre tutti sono d'accordo che in materia di privilegi non è permesso ragionare per analogia. Non insistiamo, perchè il testo della nostra legge è decisivo. Infatti, esso limita il privilegio, non accordando diritto di prelazione che per le spese le quali si trovano in rapporto colla condizione e la sostanza del *defunto*. È dunque del seppellimento del *defunto*, vale a dire del debitore, che si tratta. Il buon senso basterebbe per decidere così. Vi ha, in senso contrario, una sentenza del tribunale di commercio di Bruges (2).

360. Qual'è l'estensione del privilegio? Abbiamo detto che la legge lo limita alle spese che la *condizione* e la *sostanza* del defunto permettono di fare. Il progetto della commissione speciale recava « le spese *necessarie* ». De Brouckere, altro dei membri della commissione, spiegò lo scopo di questa restrizione: « Noi viviamo in un secolo di vanità, egli dice, e si esagera ogni giorno nelle pompe esteriori. Debitori che non hanno cinquemila lire fanno spese funerarie che eccedono il loro avere e tolgono alla massa dei creditori la parte più liquida della successione ». Il principio fu ammesso, ma la redazione fu trovata troppo vaga e venne sostituita da quella che abbiamo trascritta. È, a nostro avviso, un cambiamento infelice. Qual rapporto hanno le spese colla *condizione* e la *sostanza* del defunto? Può essere questione di *sostanza* quando si tratta di privilegi, vale a dire quando il defunto muore insolvibile? La *sostanza* del defunto non era, in questo caso, che un'apparenza menzognera, e che importa allora la sua *condizione?* Quand'anche egli appartenesse alle classi più elevate della società, il legislatore non dovrebbe autorizzare spese privilegiandole quando queste spese sono, in realtà, sopportate dai creditori. Del resto i tribunali godono qui d'un potere discrezionale, e faranno bene ad usarne per ridurre il privilegio alle spese *necessarie*, come diceva il progetto della commissione, il che era ben più preciso che la redazione che gli venne sostituita e necessarie non sono che le spese di sepoltura le più semplici. Eccedendo questo limite, si viola il diritto dei creditori (3).

---

e Rau, t. III, p. 130, nota 11, § 260. Bisogna aggiungere Martou, t. II, p. 65, n. 357.

(1) Martou, t. II, p. 65, n. 358. In senso diverso, gli autori citati da Pont, t. I, p. 51, n. 71.

(2) Sentenza del 19 maggio 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 179).

(3) Si vegga la discussione e la relazione della commissione al tempo della seconda votazione in Parent, p. 121, 263, 380 e 381.

§ II. — *Delle spese d'ultima malattia.*

361. L'umanità è uno dei motivi che gli autori del codice hanno invocato per giustificare la preferenza ch'essi accordano ai crediti privilegiati sui crediti puramente chirografarii. Non potrebbe esservi causa più legittima. Una persona insolvibile è ammalata; ha bisogno dei soccorsi dell'arte e delle cure particolari che esige la sua malattia. Come assicurarle questi soccorsi e queste cure? Se coloro che glieli procurano rischiassero di non esser pagati in caso di morte del malato, vi sarebbe a temere che fossero negligenti nell'adempiere doveri che sono per essi ad un tempo una fonte di guadagno e talvolta un mezzo di sussistenza. Dando loro una posizione privilegiata, il primo grado dopo le spese funerarie, il legislatore veglia, per ciò che dipende da lui, a che gli ammalati non vengano abbandonati, per quanto cattivo sia lo stato dei loro affari.

Abbiamo supposto che la legge accorda il privilegio alle spese della malattia di cui il debitore muore. È quello che dice il penultimo alinea dell'art. 19, soggiungendo che il tempo dell'ultima malattia è anche quello che precede lo spodestamento od il sequestro dei mobili, ossia il fallimento che conduce allo spodestamento del fallito, e l'insolvenza che s'annuncia col sequestro dei suoi mobili. Il codice civile diceva soltanto « le spese di ultima malattia », senza spiegare che cosa bisognava intendere con queste parole. Per troncare la controversia cui tali termini vaghi avevano dato luogo, il legislatore belga ha definito l'espressione che tolse al codice Napoleone. La soluzione ch'esso ha adottato si giustifica colle stesse considerazioni d'umanità che abbiamo invocate nella prima ipotesi. Si legge nella relazione di Lelièvre: « Un medico che ha prestato le sue cure ad un malato, contando sopra una giusta rimunerazione, non deve essere privato d'un credito sacro, perchè prima del tempo nel quale, d'ordinario, si pagano i debiti di questa natura, il debitore è divenuto insolvente o è fallito ».

Risulta dal testo e dalla relazione che lo spiega che la legge non accorda privilegio alle spese posteriori al fallimento o all'insolvenza. Il fallimento priva il debitore dell'amministrazione dei suoi beni: egli non può più gravare la massa con nuovi debiti che contraesse, e molto meno ancora gravare la massa dei privilegi. Siccome però il fallito deve provvedere alle necessità della vita, la legge permette al tribunale di accordargli gli alimenti, di cui fissa la quantità (art. 476 della legge del 18 aprile 1851). Se il fallito è ammalato, i giudici terranno conto naturalmente delle spese di malattia nei soccorsi che gli accorderanno. Quanto al debitore non commerciante i cui mobili sono sequestrati, la legge lo equipara al fallito, per quanto riguarda il

privilegio. Egli può, a dire il vero, contrarre debiti, ma questi debiti non saranno più privilegiati.

Risulta ancora dai termini della legge ch'essa non accorda privilegi alle spese della malattia di cui il debitore non muore, se non fallisce o diviene insolvente. Per meglio dire, il privilegio, in questo caso, è inutile, poichè la prelazione fra creditori non ha ragion d'essere che quando il debitore diviene insolvibile.

362. Che cosa si deve intendere per *spese* nel numero 3 dell'art. 19? Non vi ha alcun dubbio per quanto riguarda gli onorarii dei medici, i medicamenti forniti dal farmacista, ed il salario degli infermieri. Ma il privilegio si limita a questi crediti abituali? Il codice diceva « *qualunque* spesa ». Benchè la parola *qualunque* non sia stata riprodotta dalla legge ipotecaria, il senso è lo stesso, perchè le spese d'ultima malattia comprendono *tutte* le spese che la malattia necessita, per conseguenza *qualunque* spesa. Ora, possono esservi altre spese oltre quelle di farmacia. Così il malato deve prendere bagni a domicilio, egli ha bisogno d'un nutrimento più ricercato: tutto ciò che il medico ordina è una spesa di malattia e costituisce spesa privilegiata. Ciò decide la questione delle spese su cui vi ha controversia. Non vi sono altre spese di malattia all'infuori di quelle autorizzate dal medico. Non si devono dunque contentare le fantasie del malato che col permesso del medico. Entro questo limite, l'umanità impone di non esitare, perchè sollevare l'ammalato è pure un dovere d'umanità (1).

363. La legge limita ad un anno il privilegio delle spese d'ultima malattia. Essa tronca così la controversia ch'era sorta, sotto l'impero del codice, per quanto riguarda le malattie croniche. Queste malattie possono prolungarsi per lunghi anni. La legge non ha voluto privilegiare tutte le spese ch'esse cagionano. L'uso è che i medici ed i farmacisti diano i loro conti alla fine dell'anno. Di regola questi conti si pagano annualmente. È per questo motivo che il codice civile (art. 2272) dichiara che l'azione dei medici, chirurghi, farmacisti, per le loro visite, operazioni e medicamenti, si prescrive in un anno. La legge ha dovuto tener conto degli usi e della durata dell'azione per determinare il limite del privilegio, perchè essa non privilegia che i crediti che possono restar dovuti senza che vi sia da rimproverare qualche negligenza al creditore. Spetta al creditore negligente sopportare le conseguenze di questa specie di colpa, e non alla massa. Lo spirito della legge, in questa materia, è di conciliare, per quanto possibile, i diversi interessi che si trovano in conflitto.

---

(1) Vedi, in senso diverso, Ernst, *Dei privilegi*, p. 18; Persil, *Regime ipotecario*, t. I, p. 72, art. 2101, § III, n. I. Aubry e Rau, t. I, p. 58, n. 78.

§ III. — *Dei salarii.*

364. Il codice civile accorda un privilegio ai salarii delle *persone di servizio.* La legge belga lo mantiene estendendolo ai *commessi* ed agli *operai.* Essa tronca così una controversia che, sotto l'impero del codice Napoleone, si decideva, da ultimo, contro gli operai ed i commessi. Il motivo d'umanità che giustifica il privilegio dei domestici legittima l'estensione di questo privilegio anche agli operai ed ai commessi. I salarii sono per tutti un mezzo di sussistenza. Il credito degli operai e dei commessi dev'essere anzi più favorito che quello delle persone di servizio. Queste non sono utili che al padrone, e non servono che alle sue comodità od al suo lusso, mentre i commessi e gli operai aumentano il patrimonio del padrone col loro lavoro, e rendono, per conseguenza, servizio alla massa dei creditori. Già la legge sui fallimenti aveva loro accordato un privilegio allo stesso titolo che alle persone di servizio. La nuova legge ha esteso questo giusto favore a coloro che rendono gli stessi servigi ai debitori non commercianti (1).

365. Che cosa s'intende per *persone di servizio?* Nell'antico diritto si cominciò coll'accordare il privilegio ai domestici nelle città, e non era neppure generalmente ammesso. Pothier trovava questa preferenza legittima, ed espresse il voto che si generalizzasse. La legge dell' 11 brumaio anno VII (art. 11) soddisfece a questo voto, accordando il privilegio a tutti i domestici, e cioè tanto a quelli impiegati in campagna quanto ai domestici di città. La frase *persone di servizio,* usata dal codice civile e mantenuta dalla nuova legge, è ancora più generale, e comprende tutte le persone che servono, che hanno un padrone. Se i privilegi non fossero della più stretta interpretazione, vi si sarebbero potuti comprendere gli operai ed anche i commessi. La nuova legge ha colmato la lacuna. Essa si applica agli operai che lavorano presso fabbriche e, in generale, a tutti gli operai assoldati. Anche per riguardo ai commessi l'espressione deve essere presa nel suo più largo significato. Non si tratta soltanto dei commessi dei commercianti, ma anche degli scrivani di notaio, di procuratore o d'usciere, come pure dei segretarii e bibliotecarii, se pure vi sono ancora dei bibliotecarii (2).

366. Rimane però una difficoltà. I direttori teatrali, di regola, falliscono, almeno nella città in cui scriviamo. Si domanda se gli attori godano del privilegio dell'art. 19, supponendo che vi sia un attivo da distribuire. La negativa ci pare certa. Infatti, gli

---

(1) MARTOU, *Commentario,* t. II, p. 75, n. 371.

(2) VALETTE, *Privilegi,* nn. 29-31. AUBRY e RAU, t. III, p. 133, nota 19, § 260. PONT, t. I, p. 59, n. 80.

attori non sono persone di servizio, nè operai, nè commessi. Il testo della legge non è dunque loro applicabile; il che decide la questione di privilegio. Invano s'invoca la condizione precaria e miserabile degli artisti drammatici. I principii sono intangibili, essi non permettono di creare privilegi per via d'analogia (1).

La Corte di cassazione si è pronunciata in questo senso, in seguito a deliberazione presa in camera di consiglio. Si invocava il termine *persone di servizio*, che gli autori del codice hanno sostituito a quello di *domestici*, per indurne che il privilegio apparteneva a tutti coloro che rendono servizi salariati. La Corte comincia col ricordare il principio che i privilegi sono di stretto diritto, e non potrebbero venir estesi da un caso ad un altro per analogia e assimilazione, ma devono esser ristretti alle ipotesi specialmente determinate dalla legge. Dice poi che il codice civile, sostituendo le parole *persone di servizio* al vocabolo *domestici*, non ha inteso modificare il principio ed estendere il privilegio ad altri servizii oltre quelli dei domestici, ma ha soltanto voluto designare, in modo più largo, i servitori di ogni sorta addetti alla persona o alla casa. La Corte ne conchiude che, secondo i termini e lo spirito della legge, non si può estendere un privilegio concernente persone poste in una condizione d'inferiorità e di dipendenza ad artisti drammatici la cui professione esclude ogni concetto di domesticità verso il direttore che li ha scritturati, non per rendergli servizii personali, ma per l'esercizio della loro arte, mediante una determinata retribuzione. Se venne accordato un privilegio ai domestici, non fu soltanto per la loro posizione, ma anche perchè si tratta di somme modiche, il cui pagamento non compromette i diritti degli altri creditori. Non sarebbe lo stesso dei crediti reclamati dagli artisti. Essi assorbirebbero il più delle volte la totalità dell'attivo e non lascerebbero nulla nella massa chirografaria. Il legislatore non ha certo inteso spogliare la generalità dei creditori a vantaggio di taluni.

La Corte dimostra poi che non si possono comprendere gli artisti drammatici fra i commessi, ai quali il nuovo codice di commercio, in Francia e nel Belgio, accorda un privilegio. Per commesso o preposto s'intende un mandatario incaricato di rappresentare il capo d'una casa di commercio, ovvero di dirigere tutti o parte de' suoi affari. Ora, l'artista drammatico si limita all'esercizio dell'arte sua e non fa alcuna operazione pel direttore. Non vi ha dunque alcun rapporto fra un commesso ed un attore. La Corte conchiude che l'esercizio dell'arte drammatica costituisce una locazione d'opera la quale non rientra in nessuna disposizione del codice relativa ai privilegi. Per conseguenza, la Corte di Parigi, rifiutando il privilegio, aveva fatto della legge una giusta e corretta applicazione (2).

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 134, nota 23, § 260.
(2) Rigetto, 24 febbraio 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 135). Vi è una sentenza in senso

367. La legge privilegia i salari dei domestici, operai e commessi, ma non dà prelazione a tutto ciò che può esser loro dovuto. Riguardo alle persone di servizio, i loro salari non sono privilegiati che per l'annata scaduta e per quanto è loro dovuto sull'anno in corso. Quale è l'annata scaduta e, per conseguenza, quella in corso? Bisogna applicare qui la disposizione generale del penultimo paragrafo. L'annata in corso è quella nella quale il debitore è morto, fallito o divenuto insolvente. I salarii sono dunque privilegiati per un'annata intiera, oltre una frazione d'anno. A tutto rigore, si sarebbe potuto opporre ai domestici ch'essi dovevano farsi pagare l'annata scaduta, e ridurre, per conseguenza, il loro privilegio a quella in corso. Ma i domestici non si trovano in una posizione che permetta loro d'esigere il pagamento alla scadenza del debito, in ispecie, e non sarebbe nemmeno conveniente, quando il padrone è ammalato. La legge ha dovuto tener conto di questa condizione delle parti ed accordare un privilegio pei salari che son dovuti senza che si possa rivolgere ai domestici un rimprovero di negligenza. Bisogna notare che il termine di un anno è anche quello della prescrizione dei salari dei domestici (art. 2272). Ritorneremo più avanti sul rapporto che intercede fra la prescrizione e il privilegio.

Che dovrà dirsi se i domestici si vincolano a mese, come è uso piuttosto generale, almeno nelle grandi città? Hanno essi un privilegio, e quale ne sarà l'estensione? Senza dubbio i loro salari sono privilegiati. La legge accorda il privilegio ai domestici pel loro stato di bisogno, senza aggiungervi nessuna condizione. Se limita l'estensione del privilegio all'annata in corso lo fa perchè suppone che i salari fossero come si usava un tempo, pagabili all'anno, ma supporre non è disporre. Il privilegio esiste dunque per l'annata scaduta, quand'anche il domestico si fosse accordato a mese. Ciò non è logico, ma l'inconseguenza alla quale la legge conduce nella sua applicazione non è una ragione perchè l'interprete modifichi il testo introducendovi una distinzione che il legislatore ignorava. Resta la difficoltà della prescrizione. Va da sè che, se il credito è estinto, non può più parlarsi di privilegio. Quando si estingue il credito dei salarii? Ritorneremo sulla questione (1).

368. I salarii dei commessi non sono privilegiati che per sei mesi, e quelli degli operai per un mese. Qui non si può invocare come motivo la prescrizione, perchè l'azione dei commessi non è soggetta ad una breve prescrizione, e quella degli operai si prescrive, non in un mese, ma in sei mesi (art. 2271). Ciò prova che la durata del privilegio non è determinata dalla durata

---

contrario della Corte di Montpellier del 25 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 5, 260) che pone gli artisti drammatici fra le persone di servizio.

(1) Cfr. DURANTON, t. XIX, p. 65, n. 59; VALETTE, p. 36; AUBRY e RAU, t. III, p. 134, § 260.

della prescrizione. La legge ne limita l'estensione per le considerazioni che abbiam fatto valere riguardo ai salarii dei domestici (n. 367), necessità di conciliare gli interessi dei creditori privilegiati coi diritti degli altri creditori e probabilità di pagamento: un operaio non aspetta il suo salario un mese ed un commesso una mezza annata, poichè vivono giorno per giorno del prodotto del loro lavoro.

369. I creditori privilegiati dell'art. 19, n. 4, possono reclamare il diritto di prelazione che la legge accorda loro per le anticipazioni che facessero ai padroni? Fu giudicato che un commesso salariato non aveva privilegio per le anticipazioni fatte al suo padrone (1), il che non ci pare dubbio. Le anticipazioni sono un prestito, e la legge non accorda privilegio pei prestiti, per quanto la loro causa possa essere, come nella specie, favorita. La legge non accorda privilegio che pei salarii. Il testo e il carattere eccezionale dei privilegi decidono la questione. Sarebbe stata necessaria una disposizione formale per estendere il privilegio a tutti i crediti che un domestico, un commesso e un operaio possono avere contro il loro padrone, e il legislatore ha fatto bene a non moltiplicare i privilegi.

Per la identica ragione, i domestici, commessi ed operai non hanno privilegio pei danni ed interessi ai quali possono aver diritto per inadempimento delle convenzioni che fossero intervenute fra essi e i loro committenti. Non vi è alcun dubbio quando le convenzioni sono estranee ai salarii (2). Se i danni ed interessi sono dovuti per ritardo nel pagamento dei salarii, costituiscono interessi, e gli interessi sono privilegiati come il credito principale.

§ IV. — *Delle somministrazioni di sussistenze.*

370. Queste somministrazioni conservano la vita del debitore. Vi ha dunque, per privilegiare il credito, un motivo analogo a quello che ha fatto accordare una preferenza alle spese di malattia. Si può dare anche un altro motivo. La legge privilegia i crediti che accrescono il patrimonio del debitore, perchè arricchiscono i creditori. I creditori si arricchiscono anche col conservare la vita e le forze del debitore, perchè col suo lavoro egli potrà soddisfarli pagando integralmente ciò che deve.

371. Il motivo d'umanità che legittima il privilegio eccede la preferenza che la legge accorda. Essa la limita alle somministrazioni di *sussistenza*. Questa parola non comprende tutto ciò che è necessario all'uomo per vivere. Vi è un'altra espressione

(1) Liegi, 6 febbraio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 165).
(2) Douai, 7 maggio 1842 (Dalloz, v. *Obligations*, n. 1991, 2.°).

più larga che le leggi usano per indicare tutti i bisogni della nostra natura fisica, la parola *alimenti*, che comprende il vitto, il vestito e l'alloggio, mentre il vocabolo *sussistenze* si limita al solo vitto. Non possono dunque esservi compresi gli abiti, l'alloggio nè i medicamenti somministrati prima dell'ultima malattia. Sarebbe far violenza alla lingua il chiamar *sussistenze* somministrazioni di vestiti, e la legge stessa prova che non vi comprende l'alloggio, poichè accorda un privilegio particolare al locatore. Quanto alle somministrazioni che esige la malattia, la legge dà loro una preferenza, ma limitata all'ultima malattia.

Non vi ha dubbio che per le spese di riscaldamento ed illuminazione. Prese isolatamente, anche queste somministrazioni non si chiamano somministrazioni di sussistenze. Ciò ne sembra decisivo, poichè i privilegi sono della più stretta interpretazione. Si dice che bisogna comprendervi tutte le derrate, anche non alimentari, che si consumano immediatamente, adoperandole pei bisogni della vita materiale (1), ma chi non vede che questa è una semplice affermazione? I termini di cui si serve la legge devono essere presi nel loro senso volgare, quando non hanno un significato tecnico in diritto, come la parola *alimenti*. Ora, non si dirà certo che colui il quale fornisce l'olio od il gas fornisca *sussistenze*.

Per contro, bisogna escludere dalle somministrazioni privilegiate quelle che, nel linguaggio ordinario, si riferiscono alle sussistenze od all'alimentazione, ma che non sono necessarie alla vita. La legge attribuisce il privilegio per la necessità di queste somministrazioni. La stessa necessità determina anche il limite del privilegio. Così gli alimenti ricercati, come la selvaggina, le primizie, non sarebbero certo privilegiati. Per la medesima ragione bisogna rifiutare il privilegio alle somministrazioni di vino, e specialmente di liquori. Anzichè essere favorite queste somministrazioni devono essere trattate sfavorevolmente. Esse non servono al nutrimento, il che basta per non privilegiarle, ma favoriscono invece l'intemperanza e diventano una causa di rovina pel debitore o pei suoi creditori (2).

372. La legge estende il privilegio alle somministrazioni fatte alla *famiglia*. Che cosa si deve intendere per famiglia? È una parola generica che si presta a molte interpretazioni. Ogni autore ha il suo sistema. Ci pare che la famiglia si debba intendere dal punto di vista legale e dal punto di vista del privilegio che la legge le accorda. Ciò esclude anzitutto gli *amici* che si vor-

---

(1) Valette, p. 39; Aubry e Rau, t. III, p. 135, note 124 e 125, § 260; Martou estende il privilegio a tutto ciò che è necessario per sussistere (t. II, p. 78, n. 377, e gli autori che cita). Ogni autore ha il suo sistema. Cfr. Pont, t. I, pagina 67, n. 92.

(2) Tarrible accorda il privilegio per i vini, lo rifiuta per i liquori (Merlin, v. *Privilèges*, sez. III, § I, n. VI, t. XXV, p. 190). La differenza d'apprezzamento dipende dal paese e dalle abitudini.

rebbero comprendervi. Si è mai detto che gli *amici* facciano parte della *famiglia?* E un debitore può mantenere i suoi amici a spese dei suoi creditori? Perchè non bisogna perdere di vista che sono i creditori che pagano, e quindi i privilegi devono essere interpretati, non solo in senso limitato, ma anche sommariamente restrittivo. Ne consegue che la famiglia non comprende tutti i parenti fino al dodicesimo grado. La nozione parente va limitata da quella del privilegio. Il legislatore ha voluto assicurare la sussistenza del debitore e di coloro ai quali il debitore deve la sussistenza, vale a dire di coloro che hanno diritto agli alimenti. Ecco la famiglia legale che il capo, il debitore, deve mantenere, e per la quale l'umanità reclama. Bisogna aggiungervi i domestici, con una restrizione che risulta dalla natura del privilegio di sussistenze, cioè che i domestici siano necessari. Non si può permettere al debitore di spendere in salarii di domestici quel patrimonio che è la garanzia dei creditori (1).

373. Vengono fatte somministrazioni di sussistenze ad un albergatore per i suoi bisogni e quelli del suo albergo. Certamente queste somministrazioni non saranno privilegiate per la totalità. Infatti, esse non servono soltanto al debitore ed alla sua famiglia, ma sono destinate principalmente ai bisogni dei viaggiatori. Ora, la legge non accorda privilegio, nell'art. 19, alle somministrazioni fatte agli albergatori. Come tali, questi godono d'un privilegio speciale per le somministrazioni che fanno ai viaggiatori (art. 20, 6.°). La legge non accorda privilegio per le somministrazioni loro fatte, salvo quelle che ricevono pel loro consumo. Quando dunque un albergatore fallisce o diviene insolvente, le somministrazioni di sussistenze saranno privilegiate per la parte consumata dall'albergatore e dalla sua famiglia. Il resto del credito delle somministrazioni sarà chirografario. Lo stesso è a dire delle somministrazioni fatte a coloro che tengono pensione. È questa l'opinione generale, e non vi vediamo alcun dubbio (2).

374. L'art. 79 dispone che le somministrazioni di sussistenze sono privilegiate *per sei mesi*. La frase è incompleta, ma viene completata dal paragrafo che segue immediatamente: « I sei mesi sono quelli che precedono la morte, il fallimento o l'insolvenza ». Vi era controversia, sotto l'impero del codice, sul punto di sapere in qual momento preciso bisognerà fissare l'insolvenza, che non è, come il fallimento, dichiarato da una sentenza. La nuova legge ha fatto cessare questi dubbi attenendosi al tempo in cui l'insolvibilità diviene notoria, vale a dire al sequestro dei mobili (3).

---

(1) Vedi, in senso diverso, VALETTE, p. 40; MARTOU, t. II, p. 79, n. 378; AUBRY e RAU, t. III, p. 135, e nota 28, e gli autori che citano.

(2) Vedi le autorità citate da PONT, t. I, p. 66, n. 92, e da DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 216.

(3) Cfr. AUBRY e RAU, t. III, p. 136, nota 32, § 260.

375. La legge non nomina il creditore, il che è perfettamente logico, poichè il privilegio non è accordato alla persona, ma alla qualità del credito. Non accadeva lo stesso secondo il codice civile. Esso accordava il privilegio ai *commercianti*, distinguendo, riguardo all'estensione del credito privilegiato, fra i commercianti all'ingrosso e i commercianti al dettaglio. La nuova legge non fa più questa distinzione, e siccome non parla di commercianti, bisogna decidere che il privilegio può essere esercitato da tutti coloro che forniscono le sussistenze, mentre gli interpreti del codice Napoleone esigono che le somministrazioni siano fatte da commercianti (1).

376. Il codice civile accordava il privilegio delle somministrazioni di sussistenze a coloro che tengono pensione i quali forniscono gli alimenti ai loro pensionanti. Questo privilegio non è stato mantenuto dalla legge belga.

§ V. — *Disposizioni generali.*

377. Il privilegio è l'accessorio del credito; donde segue che si estingue coll'estinguersi dell'obbligazione principale (articolo 107; codice civile, art. 2180). La prescrizione è uno dei modi d'estinzione delle obbligazioni. Quando dunque il credito privilegiato è prescritto, il creditore non può più esercitare il privilegio che vi era annesso. È vero che il debitore può rinunciare alla prescrizione, ma non può farlo in danno degli altri creditori. L'art. 2225 dispone che i creditori possono opporre la prescrizione, ancorchè il debitore vi rinunci.

Questo principio si applica senza difficoltà in materia di privilegi, quando si tratta della prescrizione ordinaria di trent'anni. Oltre questa prescrizione, vi sono prescrizioni particolari di sei mesi e d'un anno (art. 2271 e 2272). Vi ha questo di speciale in queste brevi prescrizioni, che i creditori ai quali sono opposte possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono, sulla questione di sapere se la cosa sia stata realmente pagata (articolo 2275). Non si può dunque dire che il credito è estinto colla prescrizione di sei mesi o d'un anno: non lo è che quando il debitore abbia prestato il giuramento di aver pagato il debito.

Si domanda se questo principio sia applicabile in materia di privilegio. L'affermativa, a prima vista, non pare dubbia, poichè la legge è generale. Vi ha però controversia, e il dubbio nasce dalle disposizioni dell'art. 19 (codice civile, art. 2101). La legge sembra mettere i privilegi generali in rapporto colla breve prescrizione degli articoli 2271 e 2272, nel senso che limita la durata

(1) MARTOU, t. II, p. 80, n. 381. AUBRY e RAU, t. III, p. 136, nota 35, § 260.

del privilegio al tempo determinato per la prescrizione del credito. Così essa non privilegia i crediti dei medici che per un anno, e questo lasso d'un anno è precisamente il termine che l'art. 2272 ammette per la prescrizione dell'azione dei medici. Pare dunque che la legge ponga per principio che la prescrizione dell'art. 2272 estingue il credito in modo assoluto, e che per questo motivo il privilegio è limitato alle spese d'ultima malattia per un anno. In realtà il privilegio non è subordinato alla prescrizione. Il privilegio dei domestici, operai e commessi lo dimostra. La legge lo accorda anzitutto alle persone di servizio per i salari dell'annata scaduta e per quanto è dovuto per l'annata in corso. Qui si può invocare il principio della prescrizione quando i domestici locano i loro servizii ad anno, ma il rapporto fra il privilegio e la prescrizione cessa quando i domestici sono pagati a mese, il che non toglie ch'essi abbiano un privilegio pei salari di tutta l'annata scaduta e per ciò che è loro dovuto sull'annata in corso. Quanto al salario degli operai, non vi ha più alcun rapporto fra l'estensione del privilegio e la durata della prescrizione, poichè questa è di sei mesi (art. 2271), mentre il privilegio non è dato che per un mese.

La nostra conclusione si è risultare dal testo medesimo della legge che l'estensione dei privilegi generali non è subordinata alla durata della prescrizione. Ne consegue che i principii regolatori delle brevi prescrizioni restano applicabili ai crediti privilegiati dell'art. 19. La prescrizione non opera dunque in modo assoluto. Il domestico reclama il suo privilegio per un anno e undici mesi. Gli si oppone la prescrizione di sei mesi stabilita dall'art. 2271. Egli potrà deferire il giuramento al padrone sul punto di sapere se i salarii sono stati pagati. È questo il diritto comune e la legge non vi deroga (1).

378. I crediti dell'art. 19 non sono più privilegiati sugli immobili, come lo erano secondo il codice civile (n. 319). Tuttavia la legge accorda loro un diritto eventuale sul prezzo proveniente dalla vendita degli immobili. L'art. 19 reca in fine: « Quando il valore degli immobili non fu assorbito dai crediti privilegiati o ipotecarii, la porzione del prezzo che rimane dovuta è destinata di preferenza al pagamento dei crediti enunciati nel presente articolo ». Abbiamo già detto il motivo di questa preferenza. L'interesse dei terzi creditori ipotecari si oppone a che il prezzo degli immobili che servono loro di garanzia venga assorbito dai creditori privilegiati sui mobili, e l'interesse dei terzi si confonde coll'interesse generale. Ma quando i creditori ipotecarii sono disinteressati e rimane un residuo, nulla si oppone a che i creditori privilegiati siano preferiti, sul residuo, agli altri

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 136 e nota 32, § 260. Cfr. Valette, p. 35, n. 33, e Pont, t. I, p. 62, n. 86.

creditori chirografarii. Il prezzo degli immobili, quando i debiti ipotecarii sono pagati, viene versato nella massa chirografaria. Ora, a riguardo dei crediti semplicemente personali, i privilegi meritano la preferenza.

Ne consegue che i creditori privilegiati sulla generalità dei mobili conservano una parte del privilegio che dava loro il codice Napoleone. Essi non sono più anteposti ai creditori ipotecarii, ma lo sono ancora ai creditori chirografarii sul prezzo degli immobili ipotecati, quando questo prezzo non è assorbito dai creditori ipotecarii (1).

Art. 2. — Dei privilegi su determinati mobili.

§ I. — *Privilegi del locatore.*

N. 1. — A chi spetta il privilegio?

379. I privilegi non vengono accordati alla persona, ma sono inerenti alla qualità del credito. Ecco perchè l'art. 20, n. 1, non risponde direttamente alla nostra domanda. Esso non dice a chi spetta il privilegio, sibbene quali siano i crediti privilegiati. Sono tali « le pigioni e gli affitti, le riparazioni locative e tutto ciò che riguarda l'esecuzione della locazione ». In una parola, la legge privilegia i crediti che nascono dalla locazione, ed il privilegio spetta a chi ha diritto a questi crediti, cioè al locatore. Quale è la qualità del credito che dà al locatore il diritto d'essere preferito agli altri creditori?

Grenier, nella sua relazione al Tribunato, risponde in termini generali alla nostra domanda; egli dice che i privilegi speciali sono fondati su due principii. Il primo è che, quando la cosa colpita dal privilegio deve la sua esistenza al creditore, il credito su questo oggetto è naturalmente privilegiato, perchè, senza di esso, l'oggetto gravato del privilegio non si sarebbe trovato nel patrimonio del debitore e non avrebbe potuto divenire la garanzia dei suoi creditori. Se dunque questi ne approfittano, è in grazia del creditore che ha messo la cosa nel patrimonio del debitore comune. È giusto che, per un credito che giova a tutti, egli sia pure preferito a tutti, altrimenti la massa s'arricchirebbe a sue spese, il che sarebbe contrario all'equità. Il secondo principio è che tutte le volte che, per la natura delle cose, un oggetto ha dovuto necessariamente essere riguardato come il pegno d'un credito, il creditore deve essere equiparato ad un creditore pignoratizio. È un pegno legale che il creditore deriva dalla volontà tacita delle parti contraenti, ed

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 81, n. 384.

è dell'essenza di ogni pegno d'offrire una sicurtà speciale a colui che lo possiede, ossia un diritto di prelazione a riguardo degli altri creditori (1).

Questi due principii sono applicabili al privilegio del locatore. Esso cade, a termini della legge, sui frutti della raccolta dell'annata e su tutto ciò che guarnisce la cosa locata o il fondo. Riguardo ai frutti dell'annata, essi sono colpiti dal privilegio perchè costituiscono un prodotto del suolo, e il suolo appartiene al locatore. È dunque la cosa del creditore che ha prodotto i frutti di cui approfitterà il patrimonio del debitore. È giusto che su questi frutti il locatore sia preferito agli altri creditori, poichè, senza la locazione, i frutti non sarebbero divenuti la loro garanzia. Quanto ai mobili che guarniscono la casa o il fondo, essi servono di garanzia al creditore in forza del pegno tacito che risulta dalla natura della convenzione. Il locatore, d'ordinario, non conosce il conduttore, e questi, il più delle volte, sarebbe nell'impossibilità di prestar cauzione e molto meno ancora delle sicurtà reali. Occorre dunque un'altra garanzia al proprietario; altrimenti egli non tratterà, o tratterà a condizioni vantaggiose pel conduttore, per indennizzarsi dei rischi che corre. Vi ha una sicurtà indicata dalla natura delle cose, quella che offrono i mobili del locatario e dell'affittuario. Il pegno tacito consiste dunque in ciò, che il conduttore dà i suoi mobili al locatore in pegno delle obbligazioni che contrae. Questo privilegio, utile alle due parti contraenti, è giusto in quanto riguarda i creditori, perchè il loro debitore ha bisogno di un'abitazione per esercitarvi il commercio, l'industria o la professione che lo mettono in grado di pagare i debiti che contrae. In mancanza di questo pegno, le condizioni della locazione sarebbero onerose pel debitore e, per conseguenza, pei suoi creditori. Questi sono dunque interessati a che il locatore abbia una garanzia nei mobili.

380. Non ogni locazione attribuisce un privilegio al locatore. La legge non privilegia che le pigioni e gli affitti d'un immobile; la locazione dei mobili non genera privilegio. Queste locazioni sono meno importanti delle locazioni d'immobili, e avevano specialmente poco rilievo al tempo in cui fu redatto il codice civile. Gli autori del codice ne parlano appena. Il legislatore belga ha mantenuto, sotto questo rapporto, il diritto tradizionale, senza dubbio perchè importa non moltiplicar troppo le cause di prelazione. Ora, il privilegio del locatore è uno dei più usuali ed anche uno dei più considerevoli. Se fosse stato esteso alla locazione dei mobili, sarebbe stata una causa di danno per i creditori chirografarii. Anche la locazione degli immobili diviene loro dannosa, al punto che il legislatore francese si è visto obbligato a restringerla. Ritorneremo su questo punto trattando dell'estensione del privilegio che la legge accorda al locatore.

---

(1) GRENIER, *Relazione*, n. 17 (LOCRÉ, t. VIII, p. 258).

La giurisprudenza ha fatto l'applicazione di questi principii. Trattasi della cessione d'una locazione. Il cedente loca contemporaneamente per quattro anni le macchine che istruivano il fabbricato e servivano ad una filatura detta di fantasia, macchine che erano proprietà del cedente. Questi invocò il privilegio del locatore pel pagamento della pigione, compresovi quello delle macchine. La Corte di Grenoble ha giudicato benissimo che, nella specie, le macchine erano mobili, poichè non erano annesse all'opificio dal proprietario. La locazione, per quanto riguarda le macchine, era dunque una locazione di mobili, la quale non attribuisce alcun privilegio al locatore (1).

Quando gli oggetti mobiliari sono stati immobilizzati per destinazione agricola o industriale sono compresi nella locazione dell'immobile e, per conseguenza, l'intera pigione, anche quella delle macchine, è garantita dal privilegio che la legge accorda al locatore. Ma avviene anche che la locazione d'una cosa mobiliare sia il principale e l'immobile l'accessorio. Tale è la locazione delle forze motrici, che hanno sì gran parte nell'industria. L'oggetto principale della convenzione è di fornire al conduttore la forza necessaria per far muovere le sue macchine. Se, oltre alla forza motrice, il locatore fornisce al conduttore il locale in cui la forza motrice deve essere utilizzata potrà reclamare il privilegio pel fitto della forza motrice? Il tribunale di commercio della Senna si è pronunciato per la negativa, ed a ragione, perchè l'accessorio non può determinare la natura del principale. Nella specie, le clausole stesse della locazione provavano che i fabbricati non erano che un accessorio. Il prezzo della locazione era pagabile soltanto dopo ogni giorno di effettivo lavoro. Non era dovuta alcuna pigione pel fabbricato, nessuna indennità nel caso che la macchina a vapore avesse cessato di funzionare e di fornire la forza motrice per un tempo più o meno lungo, benchè l'opificio fosse sempre occupato dal locatario. Non era dunque l'opificio che formava oggetto della locazione, ma la forza motrice (2).

381. La legge non definisce gli *immobili* la cui locazione genera il privilegio. Ne consegue che qualunque locazione d'immobili dà un privilegio al locatore, purchè si trovino, nei luoghi locati, oggetti sui quali possa essere esercitato il privilegio. È sottinteso che non può esservi privilegio se non vi sono oggetti mobiliari che ne siano gravati. La difficoltà si è presentata nel caso seguente. In occasione d'una festa della Vergine a Marsiglia, fu locato un terreno incolto per costruirvi un palco destinato ad accogliere i curiosi. Il conduttore fece cattivi affari. Egli non pagò il fitto; donde una lite giudiziaria sul privilegio reclamato dal locatore. Il tribunale di prima istanza glielo

---

(1) Grenoble, 20 febbraio 1843 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 220, 1.°).
(2) Sentenza del 20 aprile 1871 (DALLOZ, 1873, 3, 40).

rifiutò, per la ragione che i terreni incolti, oggetto della locazione, non erano dipendenze nè d'una casa nè d'un podere, e ne conchiudeva che non potevano esservi privilegi per pigioni e affitti. Era però un pessimo ragionamento. E' vero che la legge, trattando degli oggetti gravati del privilegio, parla del prezzo di tutto ciò che guarnisce la *cosa locata* o il *fondo*, ma non si deve indurne che il privilegio non sia accordato che per la locazione d'una casa d'abitazione o di un'impresa agricola. Il principio è posto nelle prime parole dell'articolo 20 in questi termini: « Le pigioni e gli affitti degli *immobili* ». Dunque ogni locazione d'immobili può dar luogo ad un privilegio, benchè non serva nè all'abitazione delle persone nè alla coltivazione delle terre, purchè vi siano oggetti che guarniscano la cosa locata, come un magazzino o delle scuderie. Nella specie bisognava dunque vedere se vi fossero oggetti sui quali potesse esercitarsi il privilegio. La Corte d'Aix ha riformato, su questo punto, la decisione del primo giudice. Il palco era cosa mobile e *guarniva* la cosa locata, nel senso largo che la dottrina e la giurisprudenza danno a questa espressione, e quindi esistevano tutti gli elementi del privilegio. Se tuttavia la Corte lo rifiutò al locatore, è perchè questi sapeva, al momento del contratto, che il legname che doveva servire al palco non apparteneva al conduttore, e quindi questi non poteva aver privilegio. E' l'applicazione dei principii che esporremo più avanti (1).

382. Chi ha diritto al privilegio? Colui che ha diritto al credito delle pigione e degli affitti d'altre obbligazioni risultanti dalla locazione, quindi il locatore. E' vero che la legge si serve della parola *proprietario* per designare il creditore privilegiato, ma si avrebbe torto d'indurne che il privilegio non spetti che a colui il quale ha la proprietà della cosa locata. Il privilegio non è accordato in forza del diritto di proprietà e come un favore di cui la legge la farebbe godere, ma è accordato alla locazione, e in forza del favore che merita la locazione (n. 379). Ora, la locazione può essere consentita da persone diverse dal proprietario. Il semplice possessore, l'usufruttuario, il conduttore stesso possono locare e dal momento che vi ha locazione, i diritti che ne nascono sono muniti d'un privilegio. Se la legge parla del proprietario è perchè d'ordinario il locatore è proprietario. Non può esservi alcun dubbio su questo punto. Sarebbe assurdo rifiutare il privilegio di locazione a coloro che sono locatori quando la causa del privilegio si trova nella locazione. L'articolo 819 del codice di procedura equipara i conduttori principali ai proprietarii per quanto riguarda l'esercizio del privilegio delle pigioni e degli affitti. Se il conduttore che subloca ha il privilegio, a maggior ragione devono averlo il

(1) Aix, 30 marzo 1865 (DALLOZ, 1866, 2, 9). Cfr. AUBRY e RAU, t. III, p. 140, nota 11, § 261.

possessore e l'usufruttuario. E' questa l'opinione unanime degli autori (1).

383. Si richiede una condizione perchè il locatore possa esercitare il suo privilegio, ed è che al momento in cui agisce possegga ancora la qualità in forza della quale la legge gli accorda la preferenza sugli altri creditori. Questa qualità, come spiega il relatore del Tribunato (n. 379), è quella del possessore pignoratario. E' in forza d'un pegno tacito o legale che la legge dà un privilegio al locatore. Ora, il possesso è dell'essenza del privilegio inerente al pegno. Il creditore lo perde quando cessa di possedere (art. 2076). Ciò che è vero del pegno convenzionale lo è anche del pegno tacito in forza del quale il locatore ha un privilegio.

Il codice di procedura conferma questa interpretazione. Esso dà al proprietario o al locatario principale il diritto di sequestrare gli oggetti mobiliari gravati del privilegio, e soggiunge che quei locatori possono sequestrare i mobili che guarniscono la casa o il fondo anche quando siano stati collocati altrove senza il loro consenso. Ciò suppone che i locatori si trovino in possesso degli oggetti, nel senso che si trovano nei luoghi locati. Quando vennero asportati, possono rivendicarli e farli rimettere nella casa o sul fondo, la qual cosa implica ch'essi conservano sui luoghi locati il diritto in forza del quale li hanno dati a locazione. Ciò risponde anche all'obbiezione che si potrebbe fare fondandosi sul diritto di evizione di cui gode il locatore. Il privilegio è un diritto reale. In forza di questo diritto reale il locatore può seguire gli effetti mobiliari che ne sono colpiti, nelle mani di ogni terzo possessore. Ora, il diritto reale non si perde per la vendita della cosa sulla quale è stabilito. Dunque, si dice, una volta sorto il diritto reale di privilegio, il locatore può esercitare l'evizione. Rispondiamo che il principio che qui si invoca non è applicabile ai diritti reali inerenti al possesso. Il pegno convenzionale è un diritto reale che dà un privilegio, ma e il diritto reale e il privilegio si perdono dal momento che il creditore pignoratario cessa di possedere. Accade lo stesso del privilegio che spetta al locatore. Soltanto la legge gli permette, sotto le condizioni ch'essa determina, di far reintegrare gli effetti mobiliari nei luoghi locati quando vennero asportati senza il suo consenso, affinchè possa esercitare il privilegio su questi effetti. La dottrina e la giurisprudenza (2) sono in tal senso, salvo una sentenza della Corte di Caen, che è inutile combattere, poichè i principii che la Corte ha disconosciuti sono sicuri.

Non bisogna però dare a questi principii una portata e conse-

---

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 138, nota 3, § 261.

(2) Vedi le autorità in MARTOU, t. II, p. 91, n. 389, e in AUBRY e RAU, t. III, p. 138, nota 4, § 261.

guenze che sarebbero in opposizione coi diritti del locatore. La Corte di Parigi ha giudicato benissimo che, se il proprietario ha operato un sequestro sui mobili del suo conduttore, conserva il diritto di dar seguito al sequestro e di vendere gli effetti mobiliari oppignorati, quand'anche l'immobile locato venisse alienato. Infatti, praticando il sequestro finchè era in possesso, il locatore ha esercitato il suo privilegio: egli deve aver il diritto di continuare la procedura fino alla vendita, in applicazione del principio che ogni attore deve ottenere colla sentenza ciò che avrebbe ottenuto se la contestazione fosse stata risolta immediatamente. Non vi ha, è vero, nella specie, alcuna lite, ma esiste una procedura giudiziale, il che torna lo stesso. Ne consegue che, dal momento in cui fu praticato il sequestro, il diritto al prezzo dei mobili sequestrati è acquisito al locatore (1).

N. 1 — Quali sono i crediti privilegiati?

384. Secondo l'art. 20, n. 1, sono privilegiati le pigioni ed i fitti, le riparazioni locative e tutti i crediti concernenti l'esecuzione della locazione.

I. — Delle pigioni e dei fitti.

1. — Diritti del locatore.

385. Il privilegio non garantisce sempre tutte le pigioni ed i fitti che possono essere dovuti al locatore. Secondo la nostra legge ipotecaria, bisogna distinguere anzitutto le pigioni scadute da quelle non scadute.

Le prime sono privilegiate per due anni se si tratta d'una casa, e per tre anni se si tratta d'un fondo. Perchè la legge non privilegia tutte le pigioni ed i fitti scaduti quando il conduttore diviene insolvente o fallisce? Sotto l'impero del codice civile, tutte le pigioni ed i fitti scaduti erano privilegiati quando la locazione era autentica o aveva data certa ed anche, secondo qualche autore e la giurisprudenza della Corte suprema, nel caso in cui la locazione non aveva data certa (2). Secondo questa dottrina, il privilegio garantiva l'intiero credito perchè questo credito era certo, e, per la sua qualità, andava anteposto a tutti gli altri. Tutto ciò è logico, se non si prendono in considerazione che i diritti del creditore privilegiato. Certo che la qualità del credito non cambia punto a seconda della sua data. Se son dovute sei annualità, la pigione delle

(1) Parigi, 5 novembre 1846 (DALLOZ, 1848, 2, 96).
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 143, note 26 e 27, § 261.

quattro prime ha la stessa qualità delle due ultime, e quindi tutte devono godere della stessa preferenza. Ma, in materia di privilegi, il legislatore deve tener conto non solo dell'interesse del creditore privilegiato, ma ancora dell' interesse della massa chirografaria. Quando la legge privilegia un credito, suppone che il privilegio sia il solo mezzo pel creditore d'ottenere il pagamento integrale. Se un creditore non vien pagato in conseguenza della sua negligenza, non merita più il privilegio che la legge attribuisce al suo credito, perchè è in colpa, e se, malgrado questa colpa, dovesse essere preferito agli altri creditori, costoro sopporterebbero le conseguenze d'una colpa ad essi affatto estranea, e il creditore privilegiato godrebbe di un favore ingiusto, poichè gli sarebbe accordato in conseguenza della trascuratezza da lui posta nell'escutere il debitore. Quando dunque un credito consiste in una annualità, la legge deve limitare il privilegio a quelle che possono esser dovute al creditore senza che vi sia una negligenza da rimproverargli. Così fa appunto la nostra legge ipotecaria per le pigioni e gli affitti. Di regola questi debiti si pagano annualmente. Quando il conduttore è in ritardo, si teme che sia insolvibile, e quindi il locatore è colpevole di negligenza, se lascia godere il conduttore senza esigere il pagamento di quanto deve, e non può prevalersi della propria colpa per farsi pagare con preferenza agli altri creditori.

Rimane da fissare il limite al quale comincia la negligenza legale. Tutti i termini che la legge stabilisce sono più o meno arbitrarii. Quelli stabiliti dall'art. 19 si giustificano coll'esperienza. Un locatario può trovarsi in ritardo a pagare le pigioni senza essere insolvibile. Una crisi industriale gli toglie o diminuisce momentaneamente i suoi crediti o i suoi beneficî. Non è una ragione perchè il locatore sequestri immediatamente i mobili che guarniscono la casa. Egli agirebbe contro il proprio interesse, e contro l'interesse dei creditori, poichè procedendo ad oltranza contro un locatario che si trova nel bisogno, può rovinarlo; il che comprometterà l'esistenza della locazione e il pagamento delle pigioni future, mentre, pazientando, gli affari del conduttore possono ristabilirsi. Egli otterrà così il pagamento di quanto gli è dovuto e conserverà un buon locatario. Per conseguenza, la legge gli permette d'attendere due anni senza perdere il privilegio, ma quando lascia godere il locatario un terzo anno, senza esigere il pagamento, egli è più che negligente, e lo sarebbe a spese degli altri creditori del debitore se, malgrado tale negligenza, conservasse il privilegio a loro riguardo. Quando si tratta d'una locazione rustica, la legge si mostra più indulgente: essa privilegia le tre ultime annate. La ragione si è che un affittuario può aver subito delle perdite per parecchi anni di seguito. L'umanità esige allora che il proprietario pazienti, e il suo interesse è d'accordo col dovere che l'umanità gli impone. Espellere l'affittuario sventurato sarebbe

un cattivo modo di pagarsi, e un peggior mezzo ancora di trovare un nuovo affittuario, perchè gli accidenti naturali possono colpire i più diligenti ed i più capaci.

I motivi che abbiamo esposti sono stati sostanzialmente illustrati nella relazione della commissione speciale che preparò la legge ipotecaria e del relatore della camera dei rappresentanti, d'Anethan. Il relatore della commissione del senato aggiunge un'altra considerazione, cioè che, privilegiando tutte le pigioni ed i fitti scaduti, si favorisce la frode che il locatore, colla complicità del conduttore, commetterebbe a danno della massa chirografaria, sopprimendo le quietanze. Diminuire il numero delle annate privilegiate è diminuire le probabilità di frode (1).

386. Quanto alle pigioni non scadute, bisogna fare una nuova distinzione. Le pigioni e i fitti sono privilegiati per l'annata corrente e per la successiva. Per le pigioni non scadute, non si può più parlare di negligenza del locatore, ma si può ancora temere una collusione fraudolenta fra il locatore ed il conduttore per dare alla locazione una durata più lunga di quella ch'essa abbia in realtà. La legge non doveva dunque privilegiare che i crediti certi. L'annata in corso è certa nel senso che il possesso è stabilito, ma resta incerto quando sia cominciato. La legge non esige tuttavia che l'origine della locazione sia constatata da un atto avente data certa, come non pretende alcun atto nè per l'annata in corso nè per quelle scadute. Spetta naturalmente al locatore che reclama il privilegio provare l'esistenza del credito come è sottinteso che gli altri creditori sono ammessi a contestare il reclamo. La legge tacendo, le parti restano sotto l'impero del diritto comune per quanto riguarda la prova.

L'art. 19 accorda un privilegio anche all'annata che segue quella in corso. Supponiamo una locazione che il locatore pretende fatta per un tempo che eccede l'annata corrente. Questa pretesa è incerta, poichè la legge non esige un atto avente data certa, ma è almeno probabile, poichè le locazioni urbane e rustiche si fanno di regola per nove anni. La legge si contenta di questa probabilità per un' annata, a partire dalla fine dell'annata in corso.

Quanto alle annate seguenti, la legge le comprende sotto l'espressione *tutto ciò che deve scadere.* Essa accorda un privilegio al locatore per questo titolo, se le locazioni sono autentiche, o se, essendo fatte per scrittura privata, hanno data certa. Il pericolo della frode giustifica questa condizione. Una locazione verbale per scrittura privata senza data certa non ha durata determinata, potendo le parti intendersi facilmente per dare all'atto una data anticipata o posticipata, e per dichiarare un termine che non è il vero. Per impedire che la locazione sia prolungata in frode della massa, la legge esige una locazione

---

(1) Vedi le *Relazioni* in PARENT, p. 34, 123 e 403.

autentica, e se le parti hanno redatta una scrittura privata, vuole che l'atto abbia acquistato data certa. Senza dubbio, malgrado l'autenticità e la registrazione, la convenzione può essere fraudolenta. La durata assegnata alla locazione può essere vera, ma convenuta in frode degli altri creditori, in un momento in cui si poteva già prevedere l'insolvenza o il fallimento. In questo caso, i creditori possono impugnare la locazione mediante l'azione pauliana (art. 1167).

Se la locazione è autentica od ha data certa, la legge privilegia tutte le pigioni da scadere, perchè, in questo caso, il credito del locatore è certo e il privilegio, per principio, garantisce tutte le pigioni. Non è a dirsi per questo che il locatore possa sempre reclamare tutte le pigioni da scadere. Il privilegio, non bisogna dimenticarlo, suppone l'insolvibilità del debitore, il concorso dei creditori, la vendita dei beni e, per conseguenza, l'annullamento del pegno che il locatore aveva sui mobili che guarnivano i luoghi locati. La convenzione, in questo caso, è violata in danno del locatore. Ora, il privilegio ha per oggetto di garantire l'esecuzione della convenzione. È dunque giusto che il locatore possa farsi pagare anticipatamente le pigioni non scadute. Diremo più avanti come la legge concilii il diritto del locatore coll'interesse degli altri creditori.

Se la locazione non è autentica, o se essendo stipulata per scrittura privata, l'atto non ha acquistato data certa, il locatore non ha più privilegio per le pigioni da scadere. Il privilegio non è accordato, in questo caso, che per l'annata in corso e per la successiva. La durata della locazione essendo incerta, la legge non ha potuto privilegiare pigioni che possono non essere dovute.

387. Grande è dunque la differenza fra il caso in cui la locazione sia autentica o privata con data certa e il caso in cui sia invece verbale o senza data certa. In qual modo la locazione acquista data certa? Si applica il diritto comune, poichè la legge non vi deroga. Di regola la locazione acquisterà data certa colla registrazione. La data, secondo l'art. 1328, può divenire certa anche colla morte di uno di coloro che hanno sotto scritto l'atto, o dal giorno in cui la sostanza della locazione per scrittura privata è constatata in un atto ricevuto da pubblico ufficiale. Perchè il locatario abbia il privilegio che la legge gli accorda in forza della data certa dell'atto, bisogna che la data sia certa prima dell'insolvenza o del fallimento (1). L'insolvenza non è dichiarata con sentenza, donde una difficoltà sul punto di sapere a partire da qual momento essa esista. Crediamo che si debba applicare, per analogia, quello che la legge dice dei privilegi generali sui mobili, i quali non sono accordati che per un certo tempo anteriore all'insolvenza. L'art. 19 dispone che l'insolvenza esiste a partire dal sequestro dei mobili, ossia

(1) Valette, p. 68; Aubry e Rau, t. III, p. 145, § 261.

dal momento in cui l'insolvibilità è divenuta notoria. Questa notorietà equivale ad una dichiarazione dell'autorità giudiziaria, e si concepisce come a datare da quell'epoca uno dei creditori non possa più acquistare un diritto di prelazione in danno degli altri, registrando una locazione che legalmente si ritiene non esista, a riguardo dei terzi, se non dopo la pubblica insolvenza del debitore. Quanto al fallimento, l'art. 19 si serve per indicare il momento in cui esso esiste, della parola *dessaisissement*. Ciò è in armonia colla legge sui fallimenti, a termini della quale il fallito è privato di pien diritto dell'amministrazione di tutti i suoi beni a datare dalla sentenza dichiarativa del fallimento (art. 444). Da questo giorno la posizione dei creditori è fissata, ed uno dei creditori non può più acquistare una preferenza a pregiudizio degli altri, nemmeno inscrivendo i privilegi immobiliari o le ipoteche che avessero acquistato anteriormente alla dichiarazione di fallimento (cod. di comm. art. 447).

388. L'applicazione di questi principii all'insolvenza non presenta alcuna difficoltà. Il debitore non commerciante che diviene insolvente resta padrone del suo patrimonio e può disporne validamente, salvo il caso di frode. Ne consegue che la locazione può essere registrata fino al momento in cui i beni del debitore vengono sequestrati. Il fallimento è dichiarato con sentenza, e simile dichiarazione ha questo di particolare, che per certi riguardi retroagisce. Il tribunale di commercio, che dichiara il fallimento, determina il tempo al quale risale la cessazione dei pagamenti. Secondo l'art. 145 sono nulli di pien diritto, perchè presunti fraudolenti, certi atti determinati dalla legge, quando siano stati fatti dal debitore dopo il tempo fissato dal tribunale per la cessazione dei suoi pagamenti o nei dieci giorni precedenti. Gli altri atti, quantunque non sospetti per loro natura, possono essere annullati se vennero stipulati con terzi che avevano conoscenza della cessazione dei pagamenti (art. 446). Si domanda se il privilegio del locatore possa acquistare data certa dopo la cessazione dei pagamenti.

Bisogna distinguere i diversi modi che attribuiscono data certa ad un atto. Quando la locazione acquista data certa colla morte di una delle parti che hanno sottoscritto l'atto, il locatore godrà del privilegio per le annate da scadere, se la morte è avvenuta prima del sequestro dei mobili o dello spodestamento. Infatti, la morte non è un *atto* che possa essere colpito di nullità come fraudolento, e quindi le disposizioni della legge sui fallimenti non possono ricevere applicazione. Vi ha una sentenza della Corte di Parigi che ha giudicato così (1) e non può esservi dubbio al riguardo. Si deve dire altrettanto del caso in cui la sostanza della scrittura privata sia constatata in un atto ricevuto

(1) Parigi, 23 novembre 1850 (DALLOZ, 1854, 5, 371).

da pubblico ufficiale. Questa constatazione si fa senza l'intervento delle parti, e quindi non vi è a temere alcuna frode. Non così della registrazione. Essa è un atto che dipende dalla volontà delle parti, le quali quindi possono far registrare una locazione posteriormente alla cessazione dei pagamenti. La locazione avrà acquistato, in questo caso, data certa in un tempo in cui gli atti, quantunque non presunti fraudolenti, sono tuttavia sospetti. Si deve conchiudere che il privilegio del locatore non esisterà per le pigioni da scadere? La Corte di cassazione ha giudicato così. Essa parte dal principio che la legge subordina l'efficacia, e si può dire l'esistenza del privilegio spettante al locatore per le annate da scadere, ad una condizione particolare, cioè che la locazione abbia acquistato data certa; donde la Corte conchiude che la registrazione della locazione è per il locatore un mezzo d'ottenere l'estensione del suo privilegio. Pertanto non si potrebbe ammettere che la registrazione fatta dopo la cessazione dei pagamenti gli procuri una preferenza a riguardo della massa, s'egli sapeva che il locatario aveva cessato i pagamenti. Dunque la registrazione fatta dal locatore, in queste circostanze, deve essere dichiarata senza effetto a riguardo della massa del fallimento. Nella specie, la sentenza di prima istanza constatava che il locatore aveva conoscenza della cessazione dei pagamenti, e la Corte d'appello senza verificare nè contestare questo punto di fatto e senza avervi menomamente riguardo, aveva ordinato che il locatore fosse ammesso, con privilegio, al passivo del fallimento, per una somma di ottantamila e cinquecentoquaranta lire, importo di tutte le pigioni scadute e da scadere. Giudicando così, dice la Corte, la sentenza impugnata aveva violato l'art. 446 del codice di commercio (1).

La decisione è troppo assoluta ed eccede senza dubbio il pensiero della Corte. Non si può dire che la registrazione della locazione fatta dal locatore, quando aveva conoscenza della cessazione dei pagamenti, *deve* essere dichiarata nulla a riguardo della massa. Infatti, l'art. 446, che la Corte cita nella sua sentenza, dispone che gli atti i quali non rientrano in quelli che la legge dichiara nulli di pien diritto, *potranno* essere annullati, se i terzi avevano conoscenza della cessazione dei pagamenti. Anche così spiegata, la decisione della Corte suprema solleva un dubbio. L'art. 346 suppone un atto stipulato dal debitore con un terzo. Ora, la registrazione non è un atto, una convenzione, ma una semplice pubblicazione dell'atto, allo scopo di dargli data certa. La registrazione non dev'essere assimilata all'inscrizione di un'ipoteca, che può sempre esser fatta fino al giorno dichiarativo del fallimento? (art. 447) No, vi ha una differenza e decisiva. Si suppone che l'ipoteca sia stata acquisita prima della cessazione dei pagamenti, e siccome essa non può risultare che da

(1) Cassazione, 2 marzo 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 473).

un atto autentico, è provato autenticamente che il creditore aveva un diritto anteriore alla cessazione dei pagamenti. L'inscrizione non è che una formalità per rendere il diritto pubblico. Non così della registrazione d'una locazione per scrittura privata. La locazione non esiste, in questo caso, a riguardo dei terzi, che a partire dalla registrazione, e quindi non è provato che la locazione sia anteriore alla cessazione dei pagamenti, quand'anche portasse una data anteriore. Non è dunque soltanto la registrazione, ma la convenzione stessa che sarebbe posteriore alla cessazione dei pagamenti, e quindi cade sotto l'applicazione dell'art. 446.

389. La tacita riconduzione dev'esser considerata, dal punto di vista del privilegio del locatore, come una locazione avente data certa? A primo aspetto si potrebbe credere che basti porre la questione per risolverla. Infatti, la parola stessa indica che la riconduzione tacita si fa senza scritto, e quindi, legalmente parlando, essa non può aver data certa, non potendo ricevere applicazione le disposizioni dell'art. 1328. Tuttavia noi crediamo che il locatore avrebbe privilegio per tutte le pigioni da scadere. Per qual motivo la legge esige l'autenticità o la data certa affinchè le pigioni siano privilegiate? Perchè il credito del locatore non diviene certo che quando la locazione è autentica od ha data certa. Ciò suppone locazioni di cui le parti possono prolungare la durata in frode degli altri creditori. Ora, la tacita riconduzione ha una durata stabilita dalla legge, che elimina ogni possibilità di frode. Il credito è dunque certo, più certo che quando la locazione è autentica od ha ricevuto data certa, poichè le parti possono agire in frode dei creditori, pur trattando per iscritto. Ora, dal momento che il credito è certo, il locatore deve godere del privilegio che la legge vi attribuisce. Si obbietta che il testo dell'art. 20 non è applicabile, poichè non vi ha atto autentico nè privato avente data certa. Rispondiamo che l'autenticità e la data certa non sono che un mezzo di provare la durata della locazione. Se questa durata è stabilita in modo più certo dalla legge, lo scopo è raggiunto, la prova esiste, irrefragabile, ed essendo la durata della locazione constatata con certezza assoluta, bisogna dire che il privilegio esiste per tutto il credito (1).

389 *bis*. Quando il locatore esercita il privilegio per le pigioni da scadere, gli altri creditori hanno il diritto di rilocare la casa o il fondo, per il resto della locazione, e di far proprii i profitti delle locazioni e degli affitti, a condizione di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse ancora dovuto. Sono i termini dell'art. 19. Il legislatore belga li ha tolti al codice Napoleone (art. 2102, 1.°). Il diritto di rilocazione, correlativo del diritto che il locatore esercita per le pigioni da scadere, dà luogo a

(1) TROPLONG, n. 157. In senso contrario, MARTOU, t. II, p. 93, n. 393.

gravi difficoltà. La soluzione che la Corte suprema ha dato loro è contestabile. In Francia la giurisprudenza della Corte di cassazione ha sollevato reclami così unanimi e così vivi da parte del commercio che si dovette fare una legge la quale deroga al codice Napoleone, com'era interpretato dalla Corte di cassazione. Diciamo la Corte di cassazione, perchè vi era conflitto fra le Corti d'appello e la Corte suprema. Quantunque paia che queste quistioni non riguardino che il diritto commerciale, siamo obbligati a trattarle, perchè si tratta dell'interpretazione d'una legge civile, e i nostri lettori si dorrebbero con noi se trascurassimo d'esaminare difficoltà che hanno gettato un profondo turbamento nelle relazioni commerciali in Francia, difficoltà inevitabili quando crisi industriali, rivoluzioni o guerre moltiplicano i fallimenti, come è avvenuto in Francia, in seguito alla guerra disastrosa del 1870.

390. Le difficoltà che esamineremo non riguardano che il fallimento; esse sono estranee all'insolvenza. Questo deve già parere molto strano. La legge belga, come pure il codice Napoleone, non parlano nè d'insolvenza nè di fallimento. Soltanto gli articoli 2102, C. c. e 20 l. ip., suppongono che vi sia concorso di creditori e conflitto fra il locatore che reclama il privilegio per le pigioni da scadere e la massa che è obbligata a sopportare questo peso. Perchè vi sia luogo all'esercizio del privilegio per le annate da scadere, e, per conseguenza, al diritto di rilocazione per la massa, bisogna dunque che vi sia insolvenza o fallimento. La legge lo suppone, e suppone anche che si applichino gli stessi principii al fallimento ed all'insolvenza, poichè non stabilisce alcuna differenza fra l'insolvibilità del debitore commerciante e quella del debitore non commerciante. Ecco un punto molto considerevole nella nostra questione. Ove la legge non distingue l'interprete non ha il diritto di distinguere, a meno che la necessità della distinzione non risulti dai principii ch'essa stabilisce.

391. L'insolvenza e il fallimento mettono fine alla locazione? È certo che la locazione non è risolta di pien diritto. Occorrerebbe all'uopo una legge e nessuna legge pronuncia lo scioglimento della locazione per causa di fallimento o d'insolvenza. Vi hanno però sentenze le quali suppongono che la locazione sia risolta quando il locatario diviene insolvente o fallisce (1). Non terminando la locazione di pien diritto, occorrerebbe una sentenza per dichiararla risolta. Ora, il giudice non può pronunciare la rescissione che nei casi e per le cause previsti dalla legge. La questione è dunque questa. Vi ha una legge che autorizzi il locatore a domandare la rescissione della locazione per ciò solo che il locatario è divenuto insolvente od è fallito? No: le parti restano dunque sotto l'impero del diritto comune. Ora, secondo

(1) Rennes, 8 maggio 1850 (DALLOZ, 1851, 1, 238).

i principii che reggono le convenzioni bilaterali, non vi ha luogo a risoluzione del contratto che quando una delle parti non soddisfa alle sue obbligazioni (art. 1184). L'art. 1741 applica questo principio alla locazione. Si può dire che il conduttore il quale si rende fallito o insolvibile non eseguisce le sue obbligazioni? No, a meno che non cessi di pagare le pigioni, o non sprovveda i locali dei mobili che servono alla garanzia del proprietario. È soltanto in questi casi che il locatore può chiedere la rescissione della locazione.

Tale è il diritto comune. Non vi si deroga nè al titolo dei *Privilegi* nè dalla legge ipotecaria. Che cosa dicono gli articoli 2102 del codice civile e 20 della legge belga? Che il locatore può esercitare il suo privilegio per le pigioni da scadere, il che suppone che queste pigioni siano dovute. Ora, esse non sono dovute che quando la locazione è mantenuta. Dunque il privilegio implica che la locazione non è risolta. Il locatore può chiedere la risoluzione, se il conduttore non adempie le proprie obbligazioni. Se la chiede, egli perde il suo diritto sulle pigioni da scadere, e, per conseguenza, il privilegio, perchè non può esservi pigione senza locazione, nè privilegio senza pigione. Può egli provocarla fondandosi sul fatto che il fallimento e l'insolvenza diminuiscono le garanzie morali che presentava il locatario? No, non è questa una causa di rescissione. Finchè il conduttore paga e non sguarnisce i luoghi locati, non vi ha luogo a risoluzione della locazione (1).

392. La Corte di cassazione stabilisce un altro principio. Essa dice che il fallimento dà al locatore il diritto o di agire per la risoluzione o di domandare le pigione da scadere, con privilegio sul prezzo di quanto guarnisce la casa locata o il fondo. Ciò non ne sembra esatto. Giusta quanto abbiamo detto (n. 391), il fallimento, per sè stesso, non esercita alcuna influenza sulla locazione. Nessuna legge, nessun principio dicono quello che afferma la Corte suprema, che il locatore può chiedere la risoluzione quando il conduttore fallisce. La Corte confessa che, se i mobili del locatario bastano per il pagamento delle pigioni da scadere, la locazione continua. Questo prova che non si può porre come principio assoluto che il locatore ha diritto di chiedere la risoluzione quando il conduttore fallisce. Non basta. Anche quando il prezzo dei mobili che guarniscono i luoghi locati fosse insufficiente per pagare le pigioni da scadere, è dubbio che il locatore possa chiedere la rescissione della locazione. La Corte lo afferma, ma la ragione ch'essa fornisce è tutt'altro che decisiva. L'insufficienza del prezzo, essa dice, equivale per il locatore ad una diminuzione di garanzia, che l'autorizza, in forza degli arti-

(1) Delsol, Relazione della commissione sulla legge del 12 febbraio 1872 (Dalloz, 1872, 2, 35).

coli 1184, 1741 e 1752, a chiedere la risoluzione della locazione (1). Sarebbe dunque una risoluzione fondata sull'inadempimento delle obbligazioni del conduttore. La legge dice che il conduttore deve guarnire la casa di mobili sufficienti (art. 1742). Quale è il senso di questa disposizione? I mobili debbono bastare per garantire il pagamento delle pigioni per tutta la durata della locazione? Questa interpretazione rigorosa della legge è generalmente respinta (vol. XXV, n. 424). Noi l'abbiamo insegnata, ma la nostra opinione è isolata. Non si può dunque stabilire come principio certo che il locatore possa chiedere la rescissione della locazione in caso di fallimento, quando il prezzo dei mobili non basta per pagare tutte le pigioni da scadere. È eccedere la legge ed i principii. Vedremo quale sia il diritto che la legge dà, in questo caso, al locatore.

393. Il locatore fallisce o diviene insolvente. Qual'è, in questo caso, il diritto del locatore? La questione sta nel sapere s'egli può reclamare non solo le pigioni scadute, ma anche le pigioni da scadere. L'art. 2102, riprodotto dalla legge belga (art. 20), gli attribuisce questo diritto. Il locatore ha un privilegio per tutto quanto deve scadere. Quale è il fondamento di questo diritto? Quale ne è l'estensione e la portata? Qui è la sede delle gravissime difficoltà che si presentano in questa materia. La Corte suprema e così pure gli autori dicono che le pigioni da scadere diventano esigibili per applicazione dell'art. 1188 del codice civile e dell'art. 450 del codice di commercio. Secondo questa opinione il diritto del locatore alle pigioni non scadute sarebbe un'applicazione dei principii generali (2). A nostro avviso, ciò non è esatto. L'art. 1188 dispone che il debitore non può più reclamare il beneficio del termine quando è fallito, e la dottrina e la giurisprudenza applicano questo principio all'insolvenza. L'art. 450 ripete, in altri termini, la stessa cosa. La sentenza dichiarativa del fallimento rende esigibile, a riguardo del fallito, i debiti passivi non scaduti. Si può dire che le pigioni da scadere siano uno di quei debiti a termine che diventano esigibili per la decadenza nella quale il debitore incorre quando diviene insolvente o fallisce? È almeno cosa assai dubbia. Il codice civile e il codice di commercio suppongono che il fallito sia debitore senza essere creditore. Si tratta dei debiti che figurano al passivo del debitore. Il conduttore è forse debitore, in questo senso, delle pigioni da scadere come il mutuatario lo è della somma presa a prestito? No certo. La locazione è un contratto che si perfeziona successivamente. Se il conduttore deve le pigioni, il locatore, alla sua volta, deve il godimento della cosa, e il conduttore

---

(1) Rigetto, sezione civile, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio, 4 gennaio 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 35).

(2) MARTOU, *Commentario*, t, II, p. 97, n. 397. Citeremo la giurisprudenza più avanti.

non è tenuto a pagare le pigioni se non in quanto il locatore lo fa godere della cosa locata. È quello che stabilisce la stessa definizione della locazione delle cose. Essa è, dice l'art. 1709, « un contratto col quale una delle parti si obbliga a far godere all'altra una cosa per un determinato tempo e in corrispettivo di un dato prezzo che questa si obbliga di pagarle ». Il pagamento del prezzo o delle pigioni ha dunque la sua causa nel godimento che il locatore deve prestare. Questa obbligazione di far godere si perfeziona successivamente, e quindi anche l'obbligazione del conduttore è successiva. Ne consegue che il debito delle pigioni future non può divenire esigibile all'epoca del fallimento, perchè non potrebbe divenirlo se non quando si rendesse egualmente esigibile l'obbligazione correlativa del locatore; il che è una supposizione assurda. La causa per la quale le pigioni sono dovute essendo successiva, è impossibile che il conduttore debba le pigioni senza che il locatore presti il godimento. Si può senza dubbio stipulare che le pigioni saranno pagate anticipatamente, ma, in questo caso, il pagamento è condizionale; di modo che, se il godimento non fosse prestato, vi sarebbe pagamento indebito, e, per conseguenza, si farebbe luogo a ripetizione.

La nostra conclusione è che le pigioni non diventano esigibili pel solo fatto dell'insolvenza o del fallimento. Ciò è anche razionale. Perchè il debitore decade dal beneficio del termine quando fallisce o diviene insolvente? Perchè il creditore non ha trattato con lui che in considerazione della sua solvibilità personale, e quindi deve avere il diritto di rescindere il contratto quando il debitore diviene insolvibile. Questo è vero d'un mutuante, non d'un locatore. Costui tratta in vista della garanzia reale che gli attribuisce il privilegio. Che importa a lui l'insolvenza? Egli conserva il pegno, il che basta per la sua sicurtà. Se il pegno diviene insufficiente, potrà agire per la rescissione del contratto. Quello che diciamo dell'insolvenza si applica al fallimento, poichè l'art. 1188 li mette alla stessa stregua. Dunque, per principio, il locatore non ha diritto alle pigioni da scadere quando il conduttore fallisce o diviene insolvibile.

394. L'art. 2102 (legge ip., art. 20) non è dunque l'applicazione del diritto comune quando conferisce al locatore un privilegio per le pigioni da scadere; il che implica ch'egli ha il diritto di reclamare queste pigioni, preferibilmente agli altri creditori, sul prezzo degli oggetti che sono gravati dal privilegio. Secondo i principii generali, il locatore non avrebbe che il diritto di farsi pagare con preferenza le pigioni scadute, nella misura in cui la legge le privilegia, ossia due o tre anni, secondo che si tratta d'una locazione urbana o d'una locazione rustica. Quanto alle pigioni da scadere, siccome non possono essere esatte che a seconda del godimento, il locatore non vi ha diritto che alla loro scadenza. Nulla è dunque cangiato nella situazione delle parti finchè il locatore conserva il suo pegno. È solo nel caso che questo pegno divenga insufficiente ch'egli può chiedere la

rescissione della locazione. Anche in questo caso, egli non può reclamare il pagamento delle pigioni non scadute, perchè il conduttore non deve pagare le pigioni, prezzo del godimento, che quando il godimento è stato prestato. Ecco quale sarebbe la situazione delle parti contraenti secondo il diritto comune (1). L'art. 2102 e, dietro ad esso, la legge ipotecaria derogano a questi principii. Giacchè è una disposizione eccezionale, esorbitante, bisogna restringerla nei limiti del testo, che deve essere interpretato restrittivamente. Qui incontriamo la corte di cassazione la cui giurisprudenza interpreta la legge secondo un principio totalmente opposto. Essa considera l'esigibilità delle pigioni da scadere come un'applicazione del diritto comune, il che permette una interpretazione estensiva, mentre secondo la nostra opinione si tratta d'una disposizione affatto eccezionale, e, a questo titolo, della più stretta interpretazione.

Perchè la legge dà al locatore un privilegio per le pigioni da scadere, il che implica ch'egli può reclamare in caso d'insolvenza o di fallimento del debitore? Abbiamo detto che non è un'applicazione del diritto comune, ma un'eccezione, e non vi ha altra ragione di questa eccezione che il favore di cui gode il credito del proprietario. Egli ha locato per un determinato tempo, contando sul suo privilegio, e quindi il privilegio deve assicurargli il pagamento di tutto il suo credito. Ora, in caso d'insolvenza e di fallimento, gli oggetti mobiliari destinati al suo privilegio sono venduti a profitto della massa. È parso equo collocare preferibilmente alla massa le pigioni e gli affitti. Si può contestare la legittimità di questo favore per un credito che non è scaduto. Ma tale è il sistema della legge. Essa ha cercato di conciliare questo favore cogli interessi della massa, dando a questa il diritto di rilocazione.

395. Si tratta ora di definire i limiti entro i quali questo favore deve essere ristretto. Essi derivano dal principio sul quale il favore è fondato, la garanzia che il locatore ha sui beni mobiliari gravati dal privilegio. Di regola questi beni sono venduti, e il loro prezzo è distribuito fra i creditori, tenendo conto dei privilegi. Il locatore si farà dunque collocare, per le pigioni da scadere, sul prezzo dei mobili che sono colpiti dal privilegio. Se il prezzo è sufficiente, il locatore sarà intieramente disinteressato. La locazione è mantenuta, ma, siccome le pigioni sono state pagate anticipatamente a spese della massa, sarà pure a profitto di questa che la locazione verrà continuata. È quanto dire che il conduttore non può profittare d'un godimento di cui non paga il prezzo. I creditori che hanno pagato le pigioni avranno il diritto di rilocare la casa. È, a dire il vero, una sublocazione a profitto della massa. Se il prezzo dei mobili gravati

(1) Cfr. Delsol, Relazione della commissione francese sulla legge del 12 febbraio 1872 (Dalloz, 1872, 4, 36).

dal privilegio non basta per pagare le pigioni da scadere, il locatore potrà chiedere la rescissione della locazione, perchè i mobili che guarniscono i luoghi locati sono venduti, e dal momento che questa garanzia non esiste più, il locatore può chiedere la rescissione, salvo alla massa valersi del diritto di rilocazione, pagando al locatore tutto ciò che gli è dovuto. Ritorneremo su questo diritto e sulle condizioni alle quali esso è soggetto.

Tale è l'ipotesi prevista dal testo del codice e dalla legge ipotecaria. L'art. 2103 e l'art. 20 dispongono che il locatore esercita il suo privilegio, per le pigioni da scadere, sul prezzo di quanto guarnisce la casa locata o il fondo, salvo il diritto di rilocazione della massa. Se il privilegio è insufficiente per disinteressare il locatore, i creditori dovranno pagare al proprietario tutto ciò che gli sarebbe ancora dovuto, se vogliono usare del diritto di rilocare. Il favore o l'equità che si invoca pel proprietario giustificano la preferenza così limitata. Egli ha per pegno gli effetti che sono colpiti dal privilegio. Se questo pegno gli è tolto dalla massa, il creditore privilegiato deve avere il diritto di farsi pagare di tutto quanto gli è dovuto sul prezzo che proviene dal pegno (1).

396. Veniamo alla giurisprudenza. Ecco le circostanze nelle quali è stata pronunciata la prima sentenza della corte di Parigi che fu poi cassata. Trattavasi della locazione d'una casa non ancora abitata, per una durata di nove anni, contro il prezzo di duemila e ottocento lire ed a condizione che il conduttore, commerciante in vini, facesse a sue spese tutti i lavori di distribuzione, di pittura e d'adattamento. Le spese ammontarono a diciottomila lire. Il conduttore fallì, con un passivo di trentaduemila e ottocentonovanta lire, ed un attivo di sedicimila e settecentoventotto. I creditori essendo disposti a concedere un concordato non si procedette alla vendita nè dei mobili nè delle merci. Intervenne il proprietario. Tutte le pigioni scadute erano pagate od offerte. Il locatore non se ne contentò, ma richiese la somma di cinquantanovemila e ottocentonovantasei lire per le pigioni da scadere e gli altri pesi della locazione. Questa domanda fu respinta dal tribunale della Senna e dalla Corte di Parigi, ma sulle conclusioni contrarie dell'avvocato generale. Entrambe le sentenze applicano i principii che abbiamo posti. Vi era luogo ad esercitare il privilegio per pigioni da scadere? La locazione non era risolta di pien diritto, le pigioni scadute erano pagate, i mobili che guarnivano i luoghi locati restavano intatti. Dunque nulla era cambiato nella situazione delle parti: le garanzie del locatore erano intatte. Che dico? Le garanzie erano aumentate per le opere fatte dal locatario e per le subloca-

(1) Cfr. rigetto, sezione civile, 7 dicembre 1858 (DALLOZ, 1859, 1, 62); PONT, t. I, p. 95, n. 126 *bis*.

zioni, che avevano portato il reddito della casa a seimilaquattrocento lire. È per simili circostanze, domandiamo noi, che il legislatore ha dato al proprietario un privilegio sulle pigioni da scadere? La legge ha voluto garantire gli interessi del locatore, non già ch'egli si arricchisse a spese del debitore e dei creditori, e tale era, nella specie, la speculazione dell'attore. Egli conchiudeva alla rescissione della locazione, pel mancato integrale pagamento delle pigioni da scadere. Ora, l'attivo non essendo che di sedicimila lire, la massa non poteva pagare anticipatamente cinquantottomila lire di pigioni. Il fallimento diventava un eccellente affare pel locatore. Egli approfittava del maggior valore delle costruzioni, e invece d'un reddito di duemilaottocento lire percepiva pigioni di seimilaquattrocento. L'avvocato generale risponde: *Dura lex, sed lex*. È quello che noi vogliamo. Le pigioni divenivano esigibili col fallimento? No (n. 393). L'articolo 2102 (legge ip., art. 20) dà al proprietario un diritto assoluto al pagamento delle pigioni da scadere? No: è qui il punto decisivo. La legge gli dà un privilegio sul prezzo dei mobili che guarniscono i luoghi locati, preferibilmente agli altri creditori. Ciò suppone la vendita dei mobili ed il concorso dei creditori, la perdita del pegno ed il collocamento del locatore con privilegio. Ora, i mobili non erano venduti, i creditori non domandavano nulla, il pegno non era intaccato, non vi era nulla da distribuire. In realtà, la sentenza che aveva dichiarato il conduttore fallito non aveva prodotto alcun effetto. La situazione per il locatore era, dopo la dichiarazione di fallimento, quella che era stata prima. Dunque nulla esisteva di quanto suppone l'articolo 2102, e quindi non vi era luogo all'esercizio del privilegio. Il proprietario domandava la rescissione della locazione. Quando vi ha luogo a rescindere un contratto? Quando il debitore non adempie le sue obbligazioni, dicono gli articoli 1184 e 1741. Il conduttore, nella specie, aveva forse mancato ad un'obbligazione qualunque? No, egli aveva pagato le pigioni scadute e le garanzie restavano intatte per le pigioni da scadere. Dunque la Corte ha avuto ragione di rigettare la rescissione (1).

Ecco le circostanze della seconda sentenza della Corte di Parigi, egualmente cassata. Trattavasi della locazione di dieci anni per l'esercizio d'un lavatoio pubblico, a condizione che il conduttore avrebbe fatto a sue spese, sul terreno locato, tutte le costruzioni necessarie le quali sarebbero appartenute al locatore se il conduttore, prima dello spirare della locazione, non avesse usato del diritto di comperare la cosa locata, diritto che il contratto gli riservava. Il conduttore fallì. Avendo il sindaco venduto ai pubblici incanti i diritti concessi al conduttore, il proprietario reclamò il pagamento delle pigioni da scadere. Il tribunale di commercio decise che l'art. 2102 non fosse applicabile se non quando

---

(1) Parigi, 12 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 2, 1).

il locatore venisse privato del suo pegno. Ora, nella specie, la vendita della locazione non cambiava per nulla le garanzie del proprietario, i luoghi locati restando guarniti degli oggetti che servivano all'esercizio del lavatoio. Inoltre, le costruzioni gli avevano dato un maggior valore considerevole che sussisteva. Infine il locatore trovava anche un accrescimento di garanzia nei mobili che guarnivano il fabbricato occupato da sublocatarii. Domandiamo di nuovo se la legge abbia dato al proprietario il diritto di reclamare le pigioni da scadere nel caso in cui le sue garanzie, anzichè perire, sussistono e sono aumentate. La sentenza fu confermata in appello, sempre sulle conclusioni contrarie dell'avvocato generale, pei motivi che abbiamo sviluppati. La Corte invoca il testo, argomento decisivo in una questione in cui si tratta d'un privilegio. La legge accorda forse al proprietario, in termini assoluti, il diritto esorbitante d'esigere pigioni che non gli sono dovute, per ciò solo che vi ha fallimento? No, l'art. 2102 dispone che il locatore esercita il suo privilegio sul prezzo dei mobili, il che implica che, perchè vi sia luogo all'esercizio del privilegio, bisogna che i mobili siano stati venduti, nel senso che colla vendita il proprietario ha visto sparire il suo pegno, di cui non restò più che il prezzo. Ora, nella specie, i mobili restavano nei luoghi locati, e rimanevano, come pel passato, il pegno del locatore. La Corte soggiunge che il privilegio è, per sua natura, di stretto diritto, e che non si può estenderlo oltre il testo ed il criterio che l'ha creato. Bisogna dire di più, cioè che il diritto alle pigioni da scadere è un diritto eccezionale, esorbitante, un favore che la legge accorda al proprietario. Ma il proprietario ha bisogno di questo favore quando le sue garanzie restano le stesse? (1).

397. Le sentenze della Corte di Parigi sono state cassate, in seguito a deliberazione in camera di consiglio. La Corte invoca gli articoli 1188 del codice civile e 444 (450) del codice di commercio, ch'essa applica alle pigioni, senza tener conto della differenza essenziale che esiste fra il debito delle pigioni, che non sono dovute se non quando il godimento è prestato, ed i debiti che hanno una causa attuale ed esistente fuori del fallimento. La Corte non discute, afferma, e quindi non possiamo che rimandare a quanto si è detto più sopra (n. 393). La Corte invoca anche l'art. 2102 (legge ip., art. 20), senza dir nulla dell'interpretazione ammessa dalle sentenze impugnate, come se la cosa fosse evidente. Dire che l'art. 2102 è un corollario degli articoli 1188 e 444 (450), è di nuovo affermare ciò che è contestabilissimo, perchè si considera come applicazione del diritto comune la facoltà esorbitante di farsi pagare pigioni senza aver prestato il godimento. Anche la conclusione alla quale riesce la

(1) Parigi, 26 giugno 1863 (Dalloz, 1863, 2, 109). Cfr., in questo senso, le autorità citate da Pont, t. I, p. 96, nota 3.

prima sentenza della cassazione è pure esorbitante. Se il proprietario non è pagato di tutte le pigioni da scadere, ha il diritto, dice la Corte, o d'invocare il suo privilegio facendosi pagare anticipatamente, o di domandare la rescissione del contratto, conformemente all'art. 1184. Qui la Corte aggiunge alla legge, in una materia essenzialmente eccezionale. Ove è detto che il locatore può chiedere la rescissione del contratto? Non nell'articolo 2102 (legge ip., art. 20), il quale non parla che del pagamento delle pigioni da scadere sul prezzo dei mobili che guarniscono i luoghi locati. E che dice l'art. 1184 citato dalla Corte? Che vi ha luogo a risoluzione del contratto quando il debitore ha mancato alle sue obbligazioni. Ci si dica qual'è l'obbligazione alla quale è venuto meno il locatario che paga le pigioni scadute e che lascia intatta la garanzia reale? La seconda sentenza della cassazione pare che consideri la mancanza di pagamento delle pigioni da scadere come un motivo che rende applicabili gli articoli 1184 e 444 (450) (1). Questo ci pare contrario ad ogni principio. Il locatario deve forse le pigioni da scadere prima che abbia avuto il godimento dei beni locati? Il debito può esistere senza causa? Se il proprietario può esigere le pigioni da scadere, non è in forza d'una obbligazione contratta dal *debitore*, ma perchè la *massa* s'impadronisce del *pegno* spettante al loca tore e lo realizza a suo profitto. Ora, nella specie, la massa aveva lasciato i mobili intatti: il pagamento anticipato delle pigioni da scadere non aveva dunque più ragion d'essere, eppure viene invocato come causa di rescissione contro il conduttore! È confondere ogni cosa, le relazioni fra il proprietario e la massa con quelle fra locatore e conduttore (2).

La Corte d'Orléans, alla quale venne rinviata la causa, accolse la dottrina della Corte di cassazione. Essa la riassunse in una parola, ma la formula attesta contro il principio: « Il credito del locatore diviene esigibile, in caso di fallimento, come ogni altro credito. Invano il locatario cercherebbe di dimostrare che gli interessi del locatore non sono in pericolo. *Il fatto solo del fallimento crea a vantaggio del locatore un diritto* il cui esercizio non può essere subordinato all'apprezzamento delle cause di sicurezza invocate dal fallito » (3). La legge non stabilisce questo, e ciò che le si fa dire è in opposizione coi principii i più elementari. Che cosa è il privilegio? Una garanzia reale pel pagamento del credito privilegiato. Quando si esercita il privilegio? Quando il debitore non paga ciò che deve. Ora, nei casi decisi dalla Corte, il debitore aveva pagato, e quindi non

---

(1) Cassazione (due sentenze), 28 marzo 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 201). Cfr., in questo senso, AUBRY e RAU, t. III, p. 147, nota 34, § 261; PONT, t. I, p. 95, n. 126 *bis*.

(2) Cfr. la dissertazione di MOURLON, in nota, nella *Raccolta periodica* di DALLOZ 1865, 1, p. 201.

(3) Orléans, 5 agosto 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 136).

vi era luogo al privilegio. La legge concede anche un altro diritto al locatore, quello di farsi pagare le pigioni da scadere. Non si tratta qui del privilegio ordinario, ma d'un diritto esorbitante, il quale non può spiegarsi che col favore che merita il credito del proprietario. Ciò suppone che le pigioni siano in pericolo. Non è assurdo reclamare un favore affatto esorbitante, accordato perchè un credito è in pericolo, quando non vi ha alcun pericolo? Dire che il solo fallimento deve produrre questo effetto è attribuire al fallimento un effetto magico che non ha alcuna ragione d'esistere.

398. La Corte di Parigi, in una prima sentenza, segnala le conseguenze funeste che risulterebbero dal diritto esorbitante che venisse riconosciuto al locatore d'esigere il pagamento delle pigioni da scadere, anche quando la garanzia reale rimanga intatta. Noi non invochiamo i risultati ai quali conduce l'interpretazione d'una legge come un motivo giuridico contro l'interpretazione. Questo è affare del legislatore. Se le constatiamo, è perchè il legislatore ne fu commosso. In Francia, la legge del 12 febbraio 1872 ha modificato l'art. 2102. « La pretesa del proprietario, dice la Corte di Parigi, pone la massa dei creditori in questa alternativa, o d'essere obbligata ad abbandonare la parte realizzata e la più netta dell'attivo, supponendo ch'essa potesse bastare per conservare il diritto alla locazione ed il valore del fondo di commercio, ovvero, se lo stato del fallimento non permettesse di fare questo pagamento integrale, di perdere il diritto alla locazione, il valore del fondo di commercio ed i vantaggi che potrebbero risultare dal suo esercizio. Un diritto così esorbitante sacrificherebbe gl'interessi di tutti all'interesse d'un solo, costituirebbe un privilegio di più a favore del proprietario, renderebbe i concordati impossibili e potrebbe avere anche per risultato di porre il proprietario in una situazione più vantaggiosa che se il fallimento non avesse avuto luogo, facendolo rientrare nel possesso d'un immobile i cui prodotti sarebbero considerevolmente aumentati pei lavori che il conduttore avesse eseguiti, spese di cui il proprietario profitterebbe solo e senza indennità ».

È impossibile che il legislatore mantenga un privilegio che diverrebbe una speculazione sul fallimento. La legge del 12 febbraio 1872 ha modificato le disposizioni del codice civile e del codice di commercio relative al privilegio del proprietario, quando si tratta della locazione d'immobili destinati all'industria od al commercio del fallito. Essa permette ai sindaci di continuare la locazione, soddisfacendo a tutte le obbligazioni del locatario. Se il locatore ha il diritto di chiedere la rescissione, per inadempimento delle obbligazioni contratte dal conduttore, deve proporre la sua domanda nei quindici giorni dalla notifica che gli è fatta dai sindaci della loro intenzione di continuare la locazione, altrimenti si ritiene ch'egli abbia rinunciato alle cause di rescissione che poteva avere. In caso di rescissione, il privi-

legio del locatore è ridotto a due annate scadute ed all'annata in corso. Se la locazione non vien risolta, il proprietario non può esigere che le pigioni scadute, egli non può chiedere le pigioni da scadere, nel caso in cui le sicurtà che aveva al momento del contratto siano state mantenute, e quando quelle che gli offrono i sindaci siano giudicate sufficienti. Quando i mobili che guarniscono la casa sono venduti, il locatore può esercitare il suo privilegio per due annate scadute, l'annata in corso e la successiva (1).

2. — Del diritto di rilocazione dei creditori.

399. L'art. 20 (codice civile, art. 2102), dopo aver dato al locatore un privilegio per le pigioni da scadere, quando la locazione è autentica od ha data certa, soggiunge: « In quest'ultimo caso gli altri creditori hanno il diritto di rilocare la casa od il fondo per il resto della locazione, e di approfittare delle locazioni od affitti, a condizione però di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse ancora dovuto ». Quale è il motivo di questo diritto di rilocazione? La Corte suprema dice, nelle sentenze che abbiamo discusso (n. 397), che il diritto di rilocazione è una disposizione d'equità. Sarebbe stato più giusto l'affermare che il diritto al pagamento delle pigioni da scadere è un favore esorbitante che la legge accorda al proprietario, e che il diritto di rilocazione è una conseguenza naturalissima di questa estensione del privilegio di cui gode il locatore. Le pigioni sono il prezzo del godimento che il proprietario si obbliga a fornire. Egli riceve queste pigioni anticipatamente, quando il locatario fallisce o diviene insolvente. Egli è dunque pagato d'un godimento che deve procurare a chi? Non al fallito perchè è a spese della massa che le pigioni sono state pagate anticipatamente. È dunque la massa che si trova sostituita, surrogata in forza della legge, ai diritti del conduttore. La legge non fa che applicare il diritto comune. Se la massa paga, è perchè è obbligata a pagare. Essa paga dunque pel fallito, un debito al quale è tenuta per lui. Per conseguenza gli è surrogata, in forza del principio dell'art. 1251, 3°.

400. In qual caso i creditori hanno il diritto di rilocazione? Il testo risponde alla domanda. Quando il locatore esercita il privilegio per le pigioni da scadere. Se il locatore non domanda le pigioni, potranno i creditori rilocare, suo malgrado, la casa, soddisfacendo alle obbligazioni del locatario? Vi ha controversia. A nostro avviso, i creditori non possono avere il diritto di rilocazione quando il locatore non usa del suo privi-

(1) Dalloz, 1872, 4, 34.

legio. Gli è perchè il proprietario reclama le pigioni da scadere che la massa deve pagarle, ed è appunto questa obbligazione di pagare le pigioni che surroga i creditori nei diritti del conduttore. Ora, i creditori non possono costringere il locatore a reclamare le pigioni da scadere. Egli può aver diritto ed interesse a rescindere la locazione, e se la locazione è rescissa, non può più essere questione di rilocare (1). E se il locatore non chiede la rescissione della locazione, con qual diritto i creditori si metterebbero al posto del locatario? La domanda non ha senso (2).

401. Quali sono le condizioni dell'esercizio del diritto di rilocazione? La legge risponde che i creditori devono pagare al proprietario tutto quanto gli fosse ancora dovuto. Ciò si riferisce anzitutto alle pigioni. Può darsi che il prezzo dei mobili che guarniscono i luoghi locati non basti per pagare tutte le pigioni da scadere, quando la locazione è lunga o il fitto molto elevato. Il proprietario non ha diritto d'esigere il pagamento delle pigioni in quanto eccedono il valore del suo pegno, ma i creditori possono offrirglielo, per profittare della rilocazione. Quando il proprietario reclama le pigioni da scadere, i creditori hanno il diritto di mantenere la locazione pagando tutto il credito privilegiato. Il locatore può avere altri crediti nascenti dalla locazione. Essi sono garantiti dal privilegio al pari delle pigioni. I creditori che si sostituiscono al conduttore devono dunque pagarli.

Avviene talvolta che, nelle locazioni importanti, il pagamento delle pigioni sia regolato anticipatamente con biglietti all'ordine, colla causale scadenza d'affitto, pagabili secondo le date alle quali le pigioni debbono essere soddisfatte. Questo regolamento non modifica punto i diritti delle parti contraenti, nè la situazione degli altri creditori. I biglietti non costituiscono un debito ordinario, ma un debito di fitto. I portatori hanno i diritti del locatore ed il conduttore le obbligazioni che nascono dalla locazione. I biglietti non diventano dunque esigibili che nel caso in cui le pigioni possono essere riscosse: vengono pagati con privilegio sul prezzo di quanto istruisce la casa, e se i portatori domandano il pagamento integrale, i creditori possono usare del loro diritto di rilocazione (3).

402. La legge dice che i creditori hanno il diritto di rilocare la casa o il fondo *per il residuo della locazione*. Significa ciò che, se i creditori usano del diritto di rilocazione, debbono necessariamente terminare la locazione? Supponiamo che rimangano a decorrere dieci anni, in ragione di cinquemila lire all'anno. Il proprietario reclama il suo privilegio per le pigioni da

---

(1) Rigetto, sezione civile, 30 gennaio 1827 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 276).
(2) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da PONT, t. II, p. 102, n. 128, e MARTOU, t. II, p. 97, n. 401.
(3) Cfr. rigetto, 22 aprile 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 237); PONT, t. I, p. 94, n. 125.

scadere, ma il prezzo di quanto guarnisce i luoghi locati è insufficiente a pagare l'intiero credito; basta appena per cinque anni. I creditori possono rilocare per questi cinque anni, o devono pagare anche le cinque ultime annate e compire la locazione? Vi ha controversia. Il testo sembra esigere che i creditori paghino *tutto* ciò che è dovuto al proprietario e che rilochino pel tempo che *rimane* a decorrere dalla locazione. Diciamo che il testo sembra esigerlo, ma è piuttosto una supposizione che una condizione, perchè la condizione non avrebbe senso. Il locatore riscuote cinque anni di fitto. Egli deve il godimento della cosa pel quinquennio. Chi ha diritto a questo godimento? Chi paga le pigioni, dunque la massa. Se i creditori non avessero il diritto di rilocare, che diverrebbe il godimento? Apparterrebbe al debitore? No, perchè costui s'arricchirebbe a spese dei suoi creditori, il che è assurdo. Il proprietario avrebbe il diritto di rientrare in possesso della cosa? Riceverebbe così il prezzo d'un godimento che deve ad altri e che eserciterebbe egli medesimo: altra assurdità. Si lasceranno allora i luoghi disoccupati? Sarebbe il colmo dell'assurdo, perchè si avrebbero delle pigioni pagate senza che nessuno potesse goderne. È il caso di dire che supporre non è disporre. La legge decide implicitamente la difficoltà applicando ai creditori il principio della surrogazione: essa deve surrogarli nei diritti del locatario per tutte le annate di godimento di cui il locatore ha ricevuto il prezzo a spese della massa (1).

403. I creditori che usano del diritto di rilocazione devono pagare le pigioni da scadere anticipatamente e totalmente, ovvero possono soddisfarle alla loro scadenza, dando garanzie al proprietario? Ecco un'altra controversia. Noi la decidiamo secondo il testo, quantunque la soluzione non sia in armonia coi principii e coll'equità. La Corte di Rouen dice benissimo che è dopo aver stabilito il diritto del proprietario di farsi pagare sul prezzo dei mobili tutte le pigioni da scadere che l'art. 2102 accorda agli altri creditori il diritto di sublocare, versando al proprietario tutto quanto gli restasse ancora dovuto; il che, per la correlazione che esiste fra le due parti dell'art. 2102 (legge ip., art. 20), deve intendersi di tutto ciò che il proprietario aveva il diritto d'esigere in forza del suo privilegio e di tutto quanto l'esercizio di questo privilegio sul prezzo dei mobili non gli ha procurato. Il diritto di sublocare accordato ai creditori viene perchè il proprietario è intieramente disinteressato facendosi pagare anticipatamente le pigioni non scadute (2). Lo spirito della

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 146, nota 31, § 261, e, in senso diverso, gli autori che citano, PONT, t. I, p. 104, n. 129, e le sentenze che cita.

(2) Rouen, 29 giugno 1859 (DALLOZ, 1860, 2, 21). La giurisprudenza è costante in questo senso. Noi non citiamo che le ultime sentenze, Parigi, 26 gennaio 1860 (DALLOZ, 1860, 5, 298); Orléans, 22 agosto 1860 e 10 novembre 1865 (DALLOZ, 1862

legge è in armonia col testo. Essa surroga i creditori nei diritti del locatario. Ora, la condizione essenziale di ogni surrogazione è il pagamento del debito. Se, malgrado la legge gli autori sono divisi, ciò accade perchè hanno indietreggiato avanti l'enormità del privilegio che ne risulta pel proprietario (1). Quale è il suo diritto per principio? Egli percepisce una pigione come prezzo del godimento che presta. Che cosa può esigere? Il prezzo, quando il godimento è stato prestato, e garanzie pel pagamento. Gli si offrono queste garanzie, una cauzione ed anche il deposito delle pigioni; eppure avrà il diritto di rifiutare. È spingere il favore fino all'iniquità. Bisogna rispondere: *Dura lex, sed lex.*

404. I creditori hanno il diritto di sublocare per la fine dell'annata in corso e per l'annata successiva quando la locazione non ha data certa? Sotto l'impero del codice vi era controversia. Dal punto di vista dei principii, non esiste dubbio. Dal momento che il locatore riceve una parte della pigione per un godimento futuro, questo godimento deve profittare alla massa. Ma il testo dell'art. 2102 sollevava una difficoltà, perchè non riserva il diritto di sublocazione ai creditori se non parlando del caso in cui la locazione ha data certa. Ora, in materia di privilegi, i testi esercitano un impero tirannico. La legge belga ha tolto ogni dubbio. Le parole *in quest'ultimo caso* si riferiscono a tutta la frase che precede e nella quale si parla del diritto che il locatore può esercitare per le pigioni non scadute, in entrambe le ipotesi previste dalla legge, quando la locazione ha data certa e quando non l'ha (2). Si potrebbe ancora obbiettare che la legge dice « in quest'ultimo caso », il che pare si riferisca restrittivamente alla locazione avente data certa. Noi professiamo un gran rispetto pel testo, pur mantenendo il diritto dell'interprete di conciliarlo coi principii e col buon senso, quando la cosa è possibile. La redazione della legge è molto complicata, ma, riassumendola in una serie di principii, non resta alcun dubbio sul pensiero del legislatore. Esso comincia a dire quale sia il diritto del locatore riguardo alle pigioni scadute; poi parla delle pigioni non iscadute. Qui distingue il caso in cui la locazione ha data certa dall'altro in cui non l'ha. Questa distinzione determina i diritti del locatore. Quando il locatore esercita il suo privilegio nasce la questione di sapere quali siano i diritti degli altri creditori Essi hanno il diritto di sublocare. A quale condizione? Pel godimento di cui il proprietario ha ricevuto il prezzo: poco importa, rispetto al diritto, quale sia l'estensione di questo godi-

---

2, 118, e 1865, 2, 227); cassazione, 16 febbraio 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 261), e rigetto, 15 luglio 1868 (DALLOZ, 1872, 1, 95).

(1) Vedi AUBRY e RAU, t. III, p. 145, nota 30, § 261, e, in senso diverso, gli autori che citano.

(2) MARTOU, *Commentario*, t. I, p. 94, n. 396.

mento. Il diritto sarà più o meno esteso, ma sussisterà in entrambe le ipotesi. Ecco l'art.° 20 (codice civile, art. 2102) formulato in principio, e, così analizzato, non lascia alcun dubbio (1).

405. Rimane una difficoltà. Il contratto vieta di sublocare. Possono ciò non ostante i creditori esercitare il diritto di rilocazione? L'affermativa non è dubbia. Sublocando, i creditori non esercitano un diritto derivante dalla convenzione. È la legge che lo accorda loro in un'ipotesi che è fuori del diritto comune. Il locatore reclama le pigioni da scadere, le riscuote. Verrà egli a dire, dopo ciò, che la locazione vieta ai creditori di sublocare? Che diverrebbe allora e a chi spetterebbe il godimento della cosa? Abbiamo già risposto che ciò condurrebbe all'assurdo (n. 402). Ma qui la legge non ha colpa. Il locatore può senza dubbio, se vuole, impedire la rilocazione. Lo può sempre, secondo la nostra opinione, non reclamando le pigioni da scadere (art. 400), ma non può ad un tempo esigere il prezzo del godimento e rifiutarlo a coloro che glielo pagano. L'opinione generale è in questo senso (2).

II. — Delle obbligazioni nascenti dalla locazione.

406. L'art. 20 dispone: « Lo stesso privilegio ha luogo per le riparazioni locative e per tutto quanto riguarda l'esecuzione della locazione ». Dicendo che è lo *stesso* privilegio, la legge non intende applicare alle riparazioni locative ed alle altre obbligazioni che nascono dalla locazione quanto ha detto delle pigioni e degli affitti. Quest'ultima obbligazione è successiva, mentre altre nascono dell'inadempimento d'una clausola della locazione o da una violazione della legge che tien luogo di convenzione. Tale è l'obbligazione di sopportare le riparazioni locative. Se il conduttore non le fa, ne viene un diritto pel locatore. Non si deve distinguere fra le locazioni aventi data certa e quelle che non l'hanno. L'obbligazione esiste per ogni locatario, e conseguentemente esiste il diritto per ogni locatore; il che è decisivo in favore del privilegio. I creditori non devono più temere la frode salvo ad essi contestare l'esistenza del diritto in forza del quale il locatore vuol esercitare un privilegio (3).

407. Per *esecuzione della locazione* bisogna intendere tutte le obbligazioni che la legge o il contratto impongono al conduttore. Quelle stabilite dalla legge si ritengono convenute dalle parti e quindi tutte riguardano l'esecuzione del contratto. Un

---

(1) Cfr., in senso diverso, gli autori francesi citati da Aubry e Rau (t. III, pagina 145, nota 29, § 261), e Pont, t. I, p. 101, n. 128.

(2) Vedi le autorità in Pont, t. I, p. 102, nota 1, e in Aubry e Rau, t. III, p. 146, nota 32, § 261.

(3) Martou, *Commentario*, t. II, p. 98, n. 402.

tribunale di prima istanza era caduto in errore decidendo che il credito del proprietario contro il conduttore per la distruzione dei fabbricati in seguito ad un incendio, fosse estraneo all'esecuzione della locazione. È vero che l'atto di locazione non ne parlava, ma le parti non hanno bisogno d'enumerare nell'atto tutte le obbligazioni che contraggono: queste sono scritte nel codice, e, per ciò solo che non vi derogano, le parti fanno proprie le disposizioni del codice come altrettante clausole delle loro convenzioni. Ora, una delle principali obbligazioni del conduttore è di vegliare alla conservazione della cosa colla diligenza d'un buon padre di famiglia. Se non la restituisce, risponde della perdita; donde un diritto pel locatore. Questo diritto risulta dall'inadempimento dell'obbligazione che il conduttore ha contratto. Dunque esso è inerente all'esecuzione della locazione, e, per conseguenza, è privilegiato (1).

408. Le anticipazioni che il locatore fa, in base al contratto di locazione, al conduttore sono garantite dal privilegio? L'affermativa è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Essa è incontestabile quando le anticipazioni riguardano la locazione, vale a dire i diritti e gli obblighi che ne risultano. In questo caso, sono applicabili e la lettera e lo spirito della legge. Ma se nell'atto di locazione venisse accordato al conduttore un prestito in denaro, senza che vi fosse verun rapporto fra questo prestito e la locazione, non si tratterebbe più di un'anticipazione, ma di un prestito ordinario e la legge non accorda alcun privilegio per causa di prestito. La giurisprudenza è in questo senso. Se concede un privilegio al locatore per le anticipazioni che fa, è perchè queste anticipazioni riguardano la locazione. Un padrone d'officina si obbliga a fornire ad un conduttore la legna necessaria all'esercizio dell'opificio. Fu giudicato che questa anticipazione è privilegiata (2). Accade lo stesso delle forniture di barbabietole, che il locatore fa al conduttore d'un opificio per la fabbricazione dello zucchero (3). Il locatore fornisce al conduttore d'un molino, per fondo d'esercizio, una somma di diecimila lire. L'anticipazione essendo destinata all'esercizio dell'opificio, aveva per oggetto l'esecuzione della locazione, e quindi era privilegiata. Non sorse nemmeno contestazione nella specie. La questione cadeva unicamente sulla natura del contratto, che si pretendeva essere una società (4).

409. La soluzione diviene dubbia se le anticipazioni sono state stipulate con una convenzione intervenuta nel corso della locazione. Bisogna tuttavia decidere ch'essa cade sotto l'applicazione della legge. Infatti, le convenzioni, sebbene posteriori

---

(1) Bruxelles, 3 aprile 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 143).
(2) Bordeaux, 7 agosto 1833 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 245, 1.°).
(3) Douai, 18 aprile 1850 (Dalloz, 1851, 2, 60).
(4) Rennes, 6 giugno 1861 (Dalloz, 1862, 2, 12).

all'atto primitivo, vi si riferiscono e ne sono una conseguenza: sono clausole addizionali. Ciò è tanto vero che queste clausole dovrebbero essere trascritte nel caso in cui la locazione stessa va soggetta alla trascrizione. Dunque il testo è applicabile, e lo spirito della legge non lascia dubbio. Che importa il momento in cui vien fatta un'anticipazione, purchè essa abbia per oggetto l'esecuzione della locazione? Aggiungiamo che la tradizione è in questo senso. Pothier comincia a dire che le anticipazioni convenute nella locazione sono privilegiate; poi soggiunge che vi sono parecchie difficoltà se le anticipazioni non furono consentite che dopo la locazione, perchè in questo caso, vi ha un contratto di prestito separato e distinto dalla locazione e che non ne fa parte. Nulla di meno, egli dice, pare che l'uso abbia esteso a queste anticipazioni il diritto dei locatori a mezzadria, specialmente quando consistano in granaglie od altre specie, e non si possa dubitare che abbiano per oggetto di favorire la mezzadria, perchè, avendo il proprietario fatto tale anticipazione nell'interesse della sua masseria, vi ha lo stesso motivo che per la locazione (1).

La giurisprudenza s'è pronunciata nello stesso senso dando forse troppo grande estensione al privilegio del locatore. Essa ammette il privilegio, non solo quando le anticipazioni sono fatte all'affittuario pei bisogni della coltivazione sia in derrate, sia in denaro, ma riconosce il privilegio anche quando le anticipazioni sono fatte ad un colono bisognoso per aiutarlo a vivere. Gli affittuarii, dice la Corte d'Angers, non avrebbero il mezzo di coltivare se non avessero quello di nutrirsi, e il proprietario che fornisce grani al suo colono sprovvisto di sussistenze non glie le dà che per aiutarlo a lavorare, e non glie le avrebbe date se non fosse stato sul suo fondo (2). Ciò è possibile, e il credito, senza dubbio, dev'essere molto favorito, ma non si tratta però che di un credito alimentare, e la legge non privilegia che i crediti nascenti dall'*esecuzione della locazione.* Ora, i privilegi vanno interpretati nel senso più ristretto.

N. 3. — Su che cade il privilegio.

410. Il locatore ha privilegio sul prezzo di tutto quanto guarnisce la casa o il fondo locato e di tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo stesso. Quando si tratta di beni rustici, il privilegio si esercita anche sui frutti della raccolta dell'annata (art. 20, codice civile, art. 2102). *Ciò che serve alla coltivazione del*

---

(1) POTHIER, *Trattato della locazione*, n. 254. Cfr., nello stesso senso, gli autori moderni (AUBRY e RAU, t. III, p. 163, nota 25, § 261).

(2) Angers, 27 agosto 1821 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 264). Cfr. Limoges, 26 agosto 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 173).

fondo guarnisce pure il fondo. Tali sono gli strumenti rurali, gli animali addetti alla coltivazione dall'affittuario. Si può dunque dire che il privilegio cade 1.° su tutto quanto guarnisce i luoghi locati e 2.° sui frutti della raccolta dell'annata.

I. — Quali sono i mobili che guarniscono i luoghi locati?

411. Gli scrittori non s'intendono sulla definizione di questi mobili, ed è difficile darne una la quale comprenda tutti i casi che possono presentarsi. Altri sono i mobili che guarniscono una casa d'abitazione, altri quelli che guarniscono una casa di commercio, una fabbrica, un teatro. Eppure occorre un principio che serva a decidere le difficoltà che si presentano nell'applicazione. Valette, nel suo eccellente *Trattato dei privilegi*, scrive: « Ciò che guarnisce la casa locata o il fondo non è tutto quanto vi si trova, ma tutto ciò che, per la destinazione stessa dei luoghi e per il loro uso, deve restarvi in modo abituale e permanente ». I signori Aubry e Rau formulano il principio presso a poco negli stessi termini: « Il privilegio del locatore d'una casa cade sui mobili corporali che vi sono posti stabilmente, sia per la comodità o l'abbellimento dell'abitazione, sia per servire agli usi domestici o all'esercizio della professione del conduttore ». Fin qui le due definizioni concordano. Valette dice, in termini troppo assoluti, che gli oggetti gravati dal privilegio sono quelli che rimangono in modo permanente nei luoghi locati. Limitando così gli oggetti gravati dal privilegio, egli non aveva in vista che le case d'abitazione. Gli editori di Zachariae completano la definizione aggiungendo che il privilegio colpisce anche gli oggetti posti solo temporaneamente nella casa locata per essere venduti. Tali sono le merci facenti parte del commercio del locatario. Anche quando si tratta di persona che non sia commerciante, vi hanno oggetti mobiliari che sono gravati del privilegio e che non restano in modo permanente nei luoghi locati. Tali sono le derrate destinate ad essere consumate (1).

Vi ha un'altra definizione molto più ampia. Mourlon dice che tutti gli oggetti che si trovano nella casa la guarniscono (2). L'ultimo autore che ha scritto sulla materia dei privilegi e delle ipoteche, il Pont, riproduce presso a poco questa definizione (3). Se si potesse accettarla, essa metterebbe fine ad ogni difficoltà, poichè nulla sarebbe eccettuato dal privilegio. Tutto ciò che occupa un posto nella casa vi sarebbe compreso. Ma basta confrontare la definizione col testo per convincersi ch'esso lo allarga, ed ogni

(1) VALETTE, *Privilegi*, p. 60, n. 55. AUBRY e RAU, t. III, p. 138 e seg., § 261.
(2) MOURLON, *Esame critico*, t. I, p. 230, n. 83. Cfr. la critica di MARTOU, t. II, p. 100, n. 407.
(3) PONT, t. I, p. 86, n. 121.

interpretazione estensiva dei privilegi deve essere respinta. Le consuetudini di Parigi e d'Orléans dicevano « *tous les biens étant dans la maison* » o « *tous les meubles qu' il trouve en son hôtel* ». Ecco i termini coi quali si vorrebbero interpretare quelli del codice civile. Ma gli autori del codice non hanno riprodotto la formola delle consuetudini : essi hanno usato un'espressione più restrittiva, *mobili che guarniscono,* e non è logico dare a termini restrittivi il senso che si attribuisce alle frasi molto più generali dell'antico diritto.

Vi ha una terza interpretazione, più restrittiva dell'altra di Valette e di Zachariae. Essa aggiunge un carattere a quelli che si ammettono generalmente, cioè che gli oggetti siano *più o meno apparenti,* in modo ch'abbiano destata l'attenzione del locatore e siano entrati nei suoi calcoli per determinare la fiducia ch'egli ha accordato al locatario (1). Questa definizione è ad un tempo molto vaga e molto arbitraria. Comprendiamo che cosa voglia dire un oggetto *apparente*; ma che cosa è un oggetto *più o meno* apparente? E perchè un oggetto colpisca l'attenzione del locatore, bisogna ch'egli lo abbia veduto, che abbia dunque percorso tutta la casa locata, dalla cantina al solaio, e che abbia assistito all'introduzione dei mobili. Queste condizioni sono prese fuori della vita reale. Il locatore non ha bisogno di vedere gli oggetti che il locatario pone nei luoghi locati; egli sa che non si può abitare una casa senza avere i mobili necessarii, siano o non siano apparenti, e se si tratta d'un immobile avente una destinazione particolare, il locatore sa ancora che una bottega deve essere provvista di merci, una fabbrica di materie prime e d'oggetti manifatturati. Egli conta su tutti questi effetti per la garanzia del proprio credito, e il conduttore li dà tacitamente in pegno. Tale è il fondamento del privilegio, ed esso ne determina l'estensione.

412. Vi hanno oggetti che, in tutti i sistemi, si reputano guarnire i luoghi locati: sono i mobili destinati all'uso delle persone che abitano la casa, o ad ornamento degli appartamenti. Si è sostenuto talvolta davanti i tribunali che bisognava limitare il privilegio a questa categoria di mobili. È un'interpretazione troppo restrittiva. Essa escluderebbe la biancheria, che non è compresa nell'espressione *meubles meublants,* e che tuttavia *guarnisce.* L'uso comune lo prova. Quando si loca una *casa mobigliata,* la biancheria fa parte degli oggetti che il locatore fornisce al locatario per la ragione semplicissima che la casa deve essere *guarnita* di tutto ciò che è necessario per l'abitazione. Ciò prova che non bisogna stare al carattere d'apparenza. La biancheria è chiusa entro armadi, e tuttavia, nell'intenzione delle parti contraenti, essa fa parte del pegno sulla fede del quale la locazione è consentita. È lo stesso del vasellame e dell'argen-

(1) Martou, *Commentario,* t. II, p. 100, n. 407.

teria che fa parte del servizio da tavola. Il locatore vi conta, per poco che la locazione sia di qualche importanza, e l'interesse del locatore è anche quello del locatario. Di qui il pegno tacito sul quale si fonda il privilegio (1).

413. Fin qui si va d'accordo, come pure nell'escludere dal privilegio certi mobili, perchè non guarniscono i luoghi locati. Non si è mai detto del denaro ch'esso guarnisca l'appartamento in cui si trova la cassa forte. Molto meno ancora si dice che guarniscono i valori commerciali e industriali. Quello che è decisivo si è che le case *mobigliatè* che si affittano nelle grandi città non comprendono generalmente nè numerario nè biglietti di banca. Non vi è bisogno d'un principio per decidere queste quistioni, basta il buon senso. Non si dovrebbe nemmeno discuterle (2).

Vi ha controversia riguardo ai gioielli e le pietre preziose. Se si ammette il nostro principio d'interpretazione, non vi ha il minimo dubbio. Questi oggetti non guarniscono la casa, ma adornano la persona. Quando si loca una casa mobigliata, per quanto di lusso, non la si guarnisce di gioielli. E' ridicolo mettere in questione simile ipotesi. Quanto all'intenzione tacita che costituisce il pegno, essa non può aver per oggetto se non cose che ogni conduttore possiede e che offrono una utilità od un diletto qualunque per gli abitanti della casa. Ma qual rapporto vi ha mai fra una casa e dei diamanti? È inutile insistere (3).

414. Non vi ha giurisprudenza sui punti che abbiamo toccati: prova questa che le difficoltà che imbarazzano la teoria sono estranee alla vita reale. Ecco una singolare questione presentatasi avanti la Corte di Lione. Un proprietario fece sequestrare i telai posti dal locatario nell'opificio che teneva in affitto. Egli pretese che il sequestro comprendeva anche il diritto di servirsi dei telai, ossia, nella specie, il brevetto d'invenzione che, al momento del sequestro, apparteneva al conduttore. La Corte risponde col testo, il quale esige che i mobili *guarniscano* i luoghi locati. E si può dire d'un oggetto incorporale che guarnisce l'opificio? (4).

415. Il conduttore fa assicurare i suoi mobili o il suo rischio locativo. Si domanda se il privilegio del locatore s'estenda all'indennità che è dovuta al conduttore in caso d'incendio. Vi ha una numerosa giurisprudenza sulla questione (5). Essa si riduce a termini semplicissimi. L'indennità non è certo un og-

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 105, n. 79, e tutti gli autori.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 139, note 6 e 8, § 261 e gli autori citati.

(3) MARTOU, t. II, p. 101, n. 408; VALETTE, p. 60, n. 55; DURANTON, t. XIX, pp. 104, 105, n. 79; AUBRY e RAU, t. III, p. 139, nota 8, § 261.

(4) Lione, 26 dicembre 1863 (DALLOZ, 1864, 2, 234). Cfr. Parigi, 8 marzo 1841 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 250, 2.°).

(5) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t. III, p. 139, nota 10, § 261.

getto mobiliare che guarnisce la casa, sia essa dovuta o pagata. Quando è pagata, si confonde col denaro, che non è affetto dal privilegio, e se è dovuta, costituisce un credito del conduttore, e i crediti non guarniscono certo la casa. Occorrerebbe dunque una disposizione della legge per surrogare l'indennità ai mobili che erano colpiti dal privilegio. In diritto francese, non vi ha legge che stabilisca la surrogazione. La legge belga (art. 10) ha colmato la lacuna. Vi ritorneremo trattando dell'estinzione dei privilegi e delle ipoteche.

416. Ciò che abbiamo detto non si applica che alle case destinate esclusivamente ad abitazione. Vi sono immobili che hanno anche destinazione diversa. I conduttori che vi dimorano, esercitano una professione od un commercio che richiedono materie prime, o merci. L'opificio può essere una fabbrica comprendente ad un tempo materie prime, come ordigni, macchine e prodotti che si chiamano sempre manifatturati, quantunque il lavoro non si faccia più a mano. Il privilegio si estende, in questi diversi casi, a tutti gli oggetti mobiliari che sono necessari all'esercizio della professione, del commercio o dell'industria. Così la dottrina e la giurisprudenza.

La Corte suprema del Belgio ha pronunciato sulla questione una sentenza di principio. Si pretendeva che la legge non si occupasse che della *mobilia*, il che escluderebbe le materie prime e le merci fabbricate. La Corte risponde che il testo non parla di mobilia, come avrebbe dovuto fare se avesse inteso restringervi il privilegio del locatore. La legge dice, al contrario, in termini generali, « *tutto ciò che guarnisce* la casa locata ». Ora, la legge non si applica solo alle case che servono d'abitazione, ma accorda un privilegio per ogni locazione d'*immobili*. Dunque il privilegio deve cadere su tutto quanto guarnisce immobili, qualunque sia la loro destinazione. Gli oggetti che guarniscono sono, in questo caso, quelli che servono all'esercizio del commercio o dell'industria del conduttore. E se guarniscono le materie prime, dev'essere lo stesso dei prodotti, delle merci confezionate e di quelle che il locatario commerciante acquista per rivendere. La natura degli oggetti che guarniscono varia necessariamente colla destinazione dei luoghi locati. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Il locatore deve avere una garanzia per le pigioni d'uno stabilimento industriale o commerciale. Il suo credito sarà generalmente molto maggiore che non quello d'una locazione di casa, e quindi anche la sua garanzia deve essere più estesa. Conterà egli sulla mobilia? A stento ve ne sarà in una fabbrica. Gli ordigni e le macchine sono immobilizzati; di mobili che servono all'uso della persona o non ve ne sono o ve ne sono pochi, di modo che, per gli immobili di più gran prezzo, la garanzia sarebbe nulla se fosse limitata alla mobilia. Certo non può esser tale l'intenzione delle parti contraenti. Il locatore vuole una garanzia, e il conduttore è interessato

ad offrirla completa. E in che consisterebbe questa garanzia se non nelle materie prime e nelle merci? (1).

La Corte di cassazione di Francia ha consacrato lo stesso principio in una sentenza recente. Essa ha giudicato, senza nemmeno discutere la questione, che le merci formanti oggetto del commercio del conduttore, che si trovano nei luoghi a ciò destinati, sono *evidentemente* oggetti che guarniscono i luoghi locati, e, per conseguenza, sottoposti al privilegio del locatore (2). Noi non amiamo questo modo di dirimere le difficoltà. Non basta dire che una cosa è evidente, bisogna provare che sia tale.

II. — Degli oggetti che non appartengono al conduttore.

417. Il privilegio cade sugli oggetti che guarniscono la cosa locata, quando non appartengono al conduttore? In teoria bisognerebbe rispondere negativamente. Infatti, il privilegio del locatore è un pegno tacito. Ora, il pegno della cosa altrui, al pari che l'ipoteca è nullo (vol. XXVIII, n. 206). Ma la teoria non ha interesse pratico per quanto riguarda il privilegio del locatore. In che consiste il pegno che la legge gli accorda sui mobili che guarniscono la casa locata? Il locatore fa calcolo sui mobili che il locatario mette nei luoghi locati. Ha egli il diritto d'informarsi se il conduttore sia proprietario di tali mobili? No, perchè non interviene alcuna convenzione fra le parti. Il conduttore non offre come garanzia un determinato oggetto che il locatore possa rifiutare. Costui deve dunque contare sui mobili che il locatario trasporta nella casa. La ragione non è decisiva. Non basta l'intenzione del locatore per convalidare il pegno; occorre inoltre che il conduttore abbia diritto di dargli in pegno la cosa. Qui sta il nodo della difficoltà. Il conduttore possiede un oggetto mobiliare. In forza del suo possesso, egli è presunto proprietario. Può dunque trasmettere la proprietà della cosa e, per conseguenza, gravarla di un diritto reale. Non vi ha dubbio quando il conduttore possiede come proprietario e in buona fede. Egli può invocare la massima che, in fatto di mobili, il possesso val titolo, e, per conseguenza, può ricorrervi anche il locatore. Fin qui non vi ha alcun dubbio. Ma che dovrà dirsi se il conduttore non possiede come proprietario? Egli è comodatario, depositario, conduttore. Il comodante, il deponente, il locatore hanno contro di lui un'azione personale, che il posses-

---

(1) Rigetto, 2 febbraio 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 118). Vedi un'applicazione del principio, in una sentenza della Corte di Bruxelles la quale decide che gli oggetti che si trovano in una farmacia sono gravati dal privilegio (2 novembre 1842. *Pasicrisie*, 1842, 2, 312).

(2) Rigetto, 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 213).

sore non può respingere colla massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Dunque, per principio, i proprietari possono reclamare la restituzione degli oggetti prestati, locati o depositati. Ecco un conflitto fra il privilegio ed il diritto di proprietà. Quale prevarrà?

Pothier insegna che il privilegio prevale alla proprietà, ma i motivi che adduce lo mostrano in grande imbarazzo nel giustificare la sua dottrina. Egli suppone che un tappezziere abbia locato dei mobili al conduttore. Se il proprietario della cosa sequestra i mobili, il tappezziere non può farseli rendere che a condizione di pagare le pigioni. Pothier si fonda sulla presunzione che il tappezziere, consegnando i mobili ad un conduttore, abbia consentito che fossero vincolati pel pagamento delle pigioni. Ecco un consenso presunto che è difficile ammettere, giacchè il solo legislatore può stabilire presunzioni che spogliano il proprietario del suo diritto. Pare che lo stesso Pothier non abbia gran fiducia nella sua argomentazione, perchè cerca un appoggio nei testi delle consuetudini che erano state interpretate in questo senso. Ma l'argomento *a contrario* che se ne deduceva è senza valore, poichè il testo delle consuetudini non è quello del codice civile. Tutto ciò che si può dire si è che, il privilegio del locatore essendo tradizionale, bisogna interpretare il codice colla tradizione. Vi ha una disposizione esplicita del codice che consacra una simile interpretazione: « Quando la locazione a soccida, dice l'art. 1813, è contratta coll'affittuario altrui, debb'essere notificata al proprietario dei beni di cui tiene l'affittanza, senza di che il proprietario di detti beni può sequestrare e far vendere il bestiame per essere soddisfatto di quanto l'affittuario gli deve ». Quello che l'art. 1813 dice degli animali dati a soccio deve essere esteso, per la identica ragione, a tutte le cose che il conduttore d'una casa riceve a titolo di locazione, e, per analogia, agli effetti prestati e depositati (1).

Bisogna ora dare un motivo giuridico della dottrina tradizionale. Duranton crede che il meglio sia dire che vi ha colpa ed imprudenza da parte del proprietario delle cose mobili nel fatto di averle affidate ad un conduttore della cui solvibilità non era certo. Questa ragione è ancora meno attendibile che quella di Pothier. L'imprudenza del proprietario dei mobili può autorizzare il locatario ad obbligare, pel pagamento delle pigioni, cose che non gli appartengono? Ci pare che l'art. 2279 fornisca un motivo più giuridico. Chi possiede un oggetto mobiliare come proprietario ne acquista la proprietà, se è in buona fede. Se si può acquistare la proprietà di un oggetto mobiliare

(1) DURANTON, t. XIX, p. 111, n. 86 e la maggior parte degli autori. PONT segue la dottrina di POTHIER (*Della locazione*, n. 243), t. I, p. 88, n. 122. Cfr. Bruxelles, 7 giugno 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 128).

mediante il possesso di buona fede, si può acquistare anche un diritto reale sopra una cosa mobile che si possegga in buona fede. Ora, il locatore ha un diritto reale sugli oggetti che guarniscono i luoghi locati. Egli lo ha a titolo di pegno, e quindi perchè possiede, giacchè non vi ha pegno senza possesso. È il conduttore che li assoggetta a questo pegno ricevendoli in casa sua. Poco importa ch'egli non sia proprietario, perchè la proprietà degli oggetti mobiliari è acquisita al compratore anche quando il venditore non ne ha il dominio. Nello stesso modo il locatore acquista il suo diritto reale sui mobili che possiede mercè il conduttore, quantunque questi non ne sia proprietario: basta che il locatore li possegga in buona fede. Secondo questa teoria, è indifferente che il conduttore sappia che i mobili non gli appartengono, e ancora più indifferente che il proprietario degli oggetti mobiliari abbia un'azione per la loro restituzione, nè occorre presumere, con Pothier, ch'egli consenta a che i mobili servano di pegno al locatore, perchè non è il proprietario degli effetti mobiliari che li dà in pegno, ma il conduttore. Tutto avviene fra costui e il locatore dell'immobile, e, in questi rapporti, si può applicare il principio che in fatto di mobili il possesso vale titolo (1).

418. Questa teoria spiega anche la condizione che la dottrina e la giurisprudenza esigono perchè il locatore abbia un privilegio sugli oggetti mobiliari che non appartengono al conduttore. Egli deve essere in buona fede, ossia deve ignorare che questi oggetti sono proprietà di un terzo. Se lo sa, non avrà privilegio. Quale è il motivo di questa condizione? Secondo la teoria di Pothier, essa non ha ragion d'essere. Se il terzo proprietario consente a sottoporre i mobili al privilegio del locatore, non può più parlarsi della mala fede di costui. Non vi ha mala fede nel ricevere in pegno oggetti che appartengono ad un terzo, col consenso di costui. La condizione non si spiega meglio nel sistema di Duranton. Che importa la buona fede del locatore, se l'imprudenza del terzo è il fondamento del diritto di pegno? A dire il vero, questa spiegazione non spiega nulla.

Vi ha un'altra dottrina che spiega tutto colla buona fede del locatore. Vedendo dei mobili in possesso del suo locatario, si dice, egli ha dovuto ritenere che costui ne fosse il proprietario. Egli ha contato su questi mobili, e non si può sottrarli al suo diritto di pegno senza deludere la sua legittima aspettativa. Questa ragione del privilegio manca quando il locatore sapeva che i mobili non appartenevano al conduttore (2). Anche

---

(1) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 60, n. 56. Besançon, 26 luglio 1876 (DALLOZ, 1877, 2, 29). La Corte ha giudicato che il locatore d'una casa nella quale il locatario ha sei stamperie è privilegiato sul metallo dei *clichès*, benchè ne sia proprietario l'editore.

(2) MARTOU, t. II, p. 104, n. 411.

questa spiegazione è insufficiente. La buona fede del locatore non può dare al conduttore il diritto di costituire un privilegio sopra oggetti che non gli appartengono, come la buona fede del venditore non basta per trasferire la proprietà al compratore. Ma, secondo il principio dell'art. 2279, la buona fede del compratore può essere opposta al proprietario che rivendica la cosa contro il possessore, e questo principio è applicabile anche agli smembramenti della proprietà mobiliare. Se il compratore è in mala fede, non può respingere la rivendicazione colla massima che in fatto di mobili il possesso val titolo. Così pure colui che possiede una cosa mobiliare in forza di un diritto reale, non può invocare il suo possesso contro il proprietario, quando sapeva che la cosa non apparteneva a colui che gli ha concesso il diritto reale (1).

419. L'applicazione del principio solleva alcune difficoltà. Se il locatore ha sempre ignorato che gli oggetti fossero proprietà d'un terzo fino a che questi s'oppone all'esercizio del privilegio, il diritto del locatore non è dubbio. Ma se, al momento del trasporto degli oggetti nei luoghi locati, egli ignorava che fossero proprietà d'un terzo, e in seguito apprende che non appartengono al conduttore, potrà ciò nonostante esercitare il suo privilegio? La soluzione dipende dall'interpretazione che si dà al principio dell'art. 2279. Se si ammette, coll'opinione generale, che il possessore di buona fede diviene proprietario colla presa di possesso della cosa, e che, una volta divenuto proprietario, conserva la proprietà, quand'anche cessasse d'essere di buona fede, la soluzione non è dubbia. Il locatore acquista un diritto reale sugli oggetti mobiliari che il conduttore trasporta nei luoghi locati, supponendo ch'egli sia in buona fede in quel momento, e conserverà questo diritto anche quando apprenderà più tardi che gli oggetti gravati dal privilegio non appartenevano al conduttore. La dottrina e la giurisprudenza si sono pronunciate per questa opinione (2). Ritorneremo sulla questione di massima al titolo della *Prescrizione*.

420. Il locatore il quale sa che certi mobili non appartengono al conduttore non può esercitare il suo privilegio su quegli oggetti. È necessario, perchè si ritenga che lo sappia, che il proprietario degli effetti mobiliari gli abbia fatto conoscere i suoi diritti mediante una notifica? Per principio, la negativa ci pare certa. Si tratta di sapere se un possessore è di buona fede (n. 418). Ora la buona fede è una questione di fatto. Certamente, nel caso di vendita di un mobile, il compratore è in mala

---

(1) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 61, n. 56.

(2) MARTOU, t. II, p. 105, n. 413. PONT (t. I, p. 84, n. 119) fa una restrizione che AUBRY e RAU hanno ragione di rigettare (t. III, p. 142, nota 23). Cfr. MOURLON, *Esame*, t. I, p. 245, n. 88. Vi ha una sentenza della Corte di Liegi, 8 aprile 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 254) nel senso dell'opinione generale.

fede se sa, non importa in qual modo, che l'alienante non era proprietario della cosa venduta. Ora, il locatore invoca, al pari del compratore, la massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo e quindi si devono applicargli i principii che reggono la buona fede (1).

Tuttavia la questione è controversa. L'ultimo autore che ha scritto sulla difficile materia dei privilegi, il Pont, insegna che non vi ha principio assoluto nel nostro caso, che tutto dipende dalle circostanze, e per circostanze intende che, se quella qualsiasi conoscenza che il locatore ha avuto fa supporre ch'egli abbia rinunciato al pegno, non si può esigere che il proprietario degli oggetti mobiliari gli abbia fatto una preventiva notificazione. Ma, fuori di questo caso, la notificazione è necessaria, perchè è il solo mezzo di provare in modo preciso che il locatore ebbe notizia dello stato reale delle cose (2). Noi crediamo che Pont ponga male la questione e male la risolva. Non si tratta di sapere se il locatore rinuncia o meno al suo privilegio. La conoscenza ch'egli ha, con un mezzo qualunque, che i mobili non appartengono al locatario, lo costituiscono in mala fede, e la mala fede impedisce al privilegio di nascere. Bisogna dunque escludere ogni idea di rinuncia. Quanto alla questione di prova, la decisione è semplicissima, come diremo. Si applica il diritto comune per ciò solo che la legge non vi ha derogato. Il diritto comune è forse che la mala fede del possessore debba provarsi con una notificazione? Bisogna dire, al contrario, che l'interprete non ha diritto d'esigere una notificazione per ciò solo che la legge non lo esige.

La giurisprudenza è divisa, ed è poco sicura. Vi hanno sentenze in favore dell'opinione che noi insegniamo e che è generalmente seguita dagli scrittori (3). Altre sentenze esigono che il proprietario degli effetti mobiliari faccia conoscere i suoi titoli e i suoi diritti al locatore senza dire in qual modo egli debba dare questa notizia e senza motivare tale condizione (4). Le decisioni non motivate non hanno veruna autorità. Infine vi ha una sentenza della Corte di Bruxelles la quale esige formalmente una notificazione (5). Martou dice ch'egli la ritiene viziosa in ogni punto. La Corte pone il principio che, consentendo il proprietario dei mobili ch'essi sieno trasportati nei luoghi locati, si presume per ciò stesso che consenta a che i mobili siano destinati al pegno del locatore. Abbiamo molte volte scartate le presunzioni che gli interpreti immaginano pel bisogno della

---

(1) MARTOU, t. II, p. 105, n. 415. AUBRY e RAU, t. III, p. 142, nota 22, § 261.
(2) PONT, t. I, p. 89, n. 122.
(3) Bruxelles, 18 giugno 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 26).
(4) Douai, 19 febbraio 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 34). Liegi, 22 luglio 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 317).
(5) Bruxelles, 11 novembre 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 239). Cfr. Liegi, 8 aprile 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 154).

causa, perchè non vi ha presunzione senza legge. Nella specie, la presunzione non ha ragion d'essere, non essendovi alcun rapporto fra il proprietario degli effetti mobiliari e il locatore. Non è il proprietario dei mobili che li sottopone al pegno, ma il conduttore dell'immobile, o, per meglio dire, la legge. Perchè si potesse ammettere che il proprietario dei mobili li gravi di un diritto di pegno a vantaggio del locatore dovrebbe intervenire una convenzione fra lui e il locatore, e una convenzione si presume forse? Dopo aver creato una presunzione, la Corte soggiunge che questa presunzione ammette la prova contraria. Senza dubbio, ma qual'è la prova contraria ammissibile in materia di presunzione? Qualunque prova legale. Secondo la Corte di Bruxelles, occorrerebbe una notificazione, perchè la legge la esige nel caso della locazione a soccida previsto dall'art. 1813. È ancora un cattivo ragionamento. Dal fatto che, in un caso speciale, la legge esige una notificazione, non si può conchiudere che sia sempre necessaria una notificazione per constatare la mala fede. L'art. 23 della legge ipotecaria, che la Corte invoca, prova piuttosto il contrario, poichè si contenta della conoscenza che il venditore dà al locatore. Ritorneremo su questa disposizione, che è egualmente speciale, poichè il venditore non è più proprietario degli oggetti al momento che sono trasportati nella casa del conduttore. Tutto quello che risulta da questi testi si è che vi hanno casi nei quali la legge vuole che il proprietario degli effetti mobiliari faccia conoscere i suoi diritti al locatore ed esige anzi una notificazione. La dottrina e la giurisprudenza decidono ancora che, nel caso dell'art. 1813, la notificazione non è di rigore (1). Il principio, quale fu da noi stabilito, resta dunque intatto. Nessuna notificazione è richiesta per costituire il locatore in mala fede.

421. Come si darà la prova della mala fede del locatore? Secondo il diritto comune, rispondiamo, poichè la legge non prevede nemmeno le difficoltà, e, nel silenzio della legge, sono i principii generali che ricevono la loro applicazione. Non potrebbe esservi dubbio su questi principii. Il proprietario degli oggetti mobiliari chiede di provare che il locatore sapeva che questi oggetti non appartenevano al locatario. Deve egli dare tal prova per iscritto? No, perchè nessuna convenzione interviene fra lui e il locatore. La mala fede del locatore è dunque un semplice fatto che si prova con testimoni e con presunzioni, qualunque sia il valore della lite. La dottrina (2) e la giurisprudenza (3) sono in questo senso.

422. Pothier osserva che vi hanno le cose mobili le quali

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 142, nota 22, § 261. Cfr. il vol. XXVI dei miei *Principii*, n. 103.
(2) VALETTE, p. 62, n. 56. MARTOU, t. II, p. 107, nn. 415 e 416.
(3) Aix, 30 marzo 1865 (DALLOZ, 1866, 2, 9).

non sono soggette al privilegio del locatore, quantunque per loro natura guarniscano, in generale, i luoghi locati. Abbiamo detto che le materie prime ed i prodotti fabbricati guarniscono gli opifici e le fabbriche. Ciò suppone che appartengano al locatario. Se è un terzo che ha consegnato gli oggetti mobiliari all'operaio o ad un fabbricante per lavorarli, essi non sono colpiti dal privilegio. Pothier lo osserva: « La tela, che si dà ad un imbiancatore per imbiancare, la stoffa che si dà ad un sarto per far abiti, gli orologi che si danno ad un orologiaio per accomodarli, i libri che si danno ad un legatore per rilegare, ed altre simili cose non si ritengono guarnire le case di queste persone e non rispondono delle pigioni ch'esse ne devono » (1). La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto (2). Resta a vedere quale sia la ragione del decidere.

A nostro avviso, è l'applicazione del principio che abbiamo stabilito. Il privilegio del locatore non cade sui mobili che il locatore sa non appartenere al conduttore. Come provare che lo sa? Con ogni prova legale, anche colle presunzioni. Ora, il locatore conosce la professione del locatario; sa che in causa della sua professione egli riceve effetti mobiliari per lavorarli, sa dunque che questi oggetti non gli appartengono, e quindi non possono essere colpiti dal privilegio. Bisogna intendere in questo senso quello che dice il Valette. La conoscenza che il locatore ha del diritto dei terzi è presunta a riguardo degli oggetti mobiliari la cui introduzione nella casa locata si spiega mercè la professione del locatario (3). Non già che vi sia una presunzione legale, ma per provare la mala fede del locatore sono ammesse le presunzioni dell'uomo, poichè è esperibile la prova testimoniale.

È dunque troppo assoluto il dire che il privilegio del locatore non colpisce gli oggetti che non sono stati consegnati al locatario se non in causa della sua industria e soltanto per essere confezionati e lavorati. Bisogna aggiungere una condizione, cioè che il proprietario ne sia stato avvertito, o non abbia potuto ignorarlo per le circostanze o la natura dell'industria. Se Pothier non menziona questa condizione è perchè, nel caso ch'egli cita, il dubbio non è possibile. Il locatore non può contare, per la garanzia delle sue pigioni, sopra oggetti che si limitano a passare nelle mani di colui al quale sono affidati. La tela non si trova presso l'imbiancatore che per essere imbiancata. Una volta imbiancata l'operaio la restituisce a coloro che gliel'hanno consegnata. La professione del conduttore fornisce

(1) POTHIER, *Della locazione*, n. 245.

(2) DURANTON, t. XIX, p. 107, n. 82, e tutti gli autori. Vedi le sentenze citate più avanti.

(3) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 62, n. 56. Cfr. MARTOU, t. II, p. 108, n. 417.

qui la prova che il locatore ha saputo che gli oggetti non guarniscono la casa locata. Ma la professione del locatario può lasciare un dubbio. In questo caso, bisogna sia provato che il proprietario abbia saputo che gli oggetti litigiosi non si trovavano presso il conduttore che per essere lavorati. Incontreremo la difficoltà esponendo la giurisprudenza.

In un caso deciso dalla Corte di Parigi si trattava di sapere se il locatore d'un molino avesse privilegio sulle farine che i terzi davano da macinare al locatario. Per principio, la negativa è certa. Se il locatore ha un privilegio sugli oggetti che guarniscono i luoghi locati, è perchè, dice la Corte, si presume che questi oggetti appartengano al conduttore; donde segue che il privilegio deve cessare quando il proprietario ha dovuto sapere, per la natura stessa dell'esercizio, che gli oggetti medesimi non appartengono al conduttore. Il principio potrebbe essere formnlato in modo più esatto. Il privilegio colpisce tutti gli oggetti che guarniscono la casa, quand'auche non fossero proprietà del conduttore, a meno che il proprietario non sappia che non gli appartengono. La prova che lo sa può risultare da presunzioni lasciate alla prudenza del magistrato, e la professione del locatario è una di queste presunzioni. Ecco quale era il motivo di dubitare. La locazione faceva divieto al mugnaio di macinare per altri. Dunque, diceva il locatore, le farine che si trovano nel molino appartengono al conduttore. La Corte risponde che questa clausola esorbitante non poteva essere opposta ai terzi, che, per conseguenza, i proprietari delle farine dovevano essere ammessi a far valere il loro diritto di proprietà (1).

La Corte suprema ha applicato il principio al caso in cui dei terzi consegnavano ad un fabbricante balle di cotone per essere convertite in filo. Anch'essa dice in modo troppo assoluto che il privilegio del locatore non si applica che agli oggetti appartenenti al conduttore. Ma è vero il dire, come soggiunge la Corte, il privilegio non cade sopra oggetti manipolati, manifatturati o lavorati per conto d'altri con materie consegnate da terzi nelle officine, fabbriche o botteghe destinate a questi usi, e nelle quali il pubblico avrebbe l'abitudine di far convertire le materie prime in nuove forme. Ora, nella specie, era constatato che le balle di cotone sequestrate dal locatore appartenevano ad un terzo, il quale le aveva consegnate per essere convertite in filo, come si praticava generalmente da tutti in quella fabbrica (2).

Una recente sentenza della Corte suprema ha deciso la difficoltà di principio. La Corte ricorda anzitutto che il privilegio del locatore gravi i mobili che guarniscono anche quando appartengono a terzi. Per escludere il locatore non basta che i

---

(1) Parigi, 18 dicembre 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 34).
(2) Rigetto, 22 luglio 1823 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 249).

mobili sieno stati consegnati al locatario a causa della sua industria e in vista d'un determinato impiego od uso; bisogna ancora che risulti dalle circostanze o dalla natura stessa di questa industria che il locatore ne abbia avuta conoscenza o non abbia potuto ignorarla. Nella specie, il locatario era un sarto il quale, a differenza della maggior parte dei sarti nelle grandi città, non forniva la stoffa, ma si limitava a confezionare pei suoi committenti le materie prime che gli venivano affidate. Il locatore non era stato informato di questa situazione eccezionale. Le pezze di stoffa che venivano consegnate al locatario figuravano nei suoi magazzini come se gli appartenessero. Esse guarnivano dunque i luoghi locati, e quindi questi oggetti erano colpiti dal privilegio. Non era il caso di applicare l'eccezione tradizionale poichè il locatore ignorava che i mobili litigiosi non appartenessero al locatario (1). Si è invocata, in questo affare, una sentenza della Corte di cassazione la quale decide che le merci consegnate ad un commissionario non sono gravate dal privilegio (2). Il caso è ben diverso da quello che abbiamo riportato. Il locatario essendo commissionario, gli effetti consegnati non potevano appartenergli, ed era constatato che il locatore aveva conoscenza di questo fatto.

423. La questione di sapere se questi principii si applicano alle merci consegnate che si trovano a titolo di deposito o di consegna nei magazzini d'un commissionario è stata portata più volte avanti la Corte di cassazione. Si diceva che il terzo proprietario doveva provare che il locatore conosceva che le merci non appartenevano al locatario. Senza dubbio. Ma si tratta di sapere come questa prova può farsi. La sentenza impugnata si fondava sulla pubblica notorietà e sulle circostanze della causa, vale a dire su presunzioni dell'uomo, il che era molto giuridico, poichè si trattava di provare un semplice fatto (3).

Vi è però un motivo di dubitare, che il ricorso ha fatto valere in un caso più recente. La Corte respinse il ricorso per due motivi. Anzitutto perchè il privilegio del locatore non cade sugli oggetti posti nella casa del locatario, non per restarvi, ma provvisoriamente e di passaggio, come le merci che sono in deposito o in consegna presso un commissionario; poscia perchè non vi ha luogo al privilegio nel caso in cui il locatore sa che gli oggetti mobiliari che guarniscono i luoghi locati non appartengono al locatario. Ora, il locatore sapeva che le merci sulle quali pretendeva esercitare il privilegio erano merci consegnate. Il ricorso obbiettava esservi una differenza essenziale fra un commissionario ed ogni altro depositario. Il com-

---

(1) Rigetto, 17 marzo 1873, sulla relazione di GUILLEMARD (DALLOZ, 1874, 1. 442). Cfr. Liegi, 14 giugno 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 373).

(2) Rigetto, 13 agosto 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 466).

(3) Rigetto, sezione civile, 21 marzo 1826 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 258).

missionario, agendo in suo proprio nome, può disporre delle merci, e quindi ne è proprietario a riguardo dei terzi, il che gli permette di destinarle al pegno del locatore. La Corte risponde che il fatto d'immagazzinare merci non è per sè stesso un atto di disposizione, che, quindi, esse restano sotto l'impero del principio che sottrae al privilegio gli effetti di cui il locatario non è proprietario, e il commissionario non è proprietario, come attesta il suo nome medesimo (1).

Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Parigi. Perchè le merci depositate presso il commissionario non sieno gravate del privilegio essa esige, che coloro i quali le consegnano abbiano fatta una dichiarazione giudiziale, vale a dire una notifica per atto d'usciere, recante ch'essi intendono sottrarre le merci al privilegio del locatore (2). Se si domandasse alla Corte quale legge esige questa condizione? È spetta al giudice stabilire condizioni e fare la legge? Crediamo inutile insistere, poichè la sentenza non è nemmeno motivata.

424. Abbiamo supposto fin qui che gli oggetti mobiliari che si trovano presso il conduttore non gli appartengano, e sieno sottratti al privilegio pel motivo che il locatore sa che il locatario non ne è preprietario. Può darsi che il conduttore sia proprietario, ma coll'onere d'un privilegio. Tale è il caso in cui gli oggetti sono venduti e non pagati. Il conflitto sorge allora non fra il locatore ed il proprietario, ma fra due creditori privilegiati. Chi prevarrà, il venditore o il locatore? L'art. 24 decide la questione. Vi ritorneremo trattando del grado dei privilegi.

425. La dottrina che abbiamo esposto connette il privilegio del locatore al principio dell'art. 2279 (n. 418). Bisogna dunque applicare al privilegio del locatore quanto questo articolo dice del terzo acquirente d'una cosa rubata o smarrita. Il proprietario può rivendicarla contro il terzo acquirente di buona fede. Per la identica ragione, il proprietario deve avere diritto di rivendicare la sua cosa contro un terzo possessore di buona fede, che oppone il suo privilegio al proprietario. Il privilegio non può stabilirsi sopra una cosa rubata o smarrita, poichè il proprietario può rivendicarla per tre anni, e se la rivendica, il diritto di proprietà prevale al privilegio. La situazione del terzo acquirente è singolare. Come compratore egli è proprietario, ma soggetto all'azione di rivendicazione per tre anni, e quindi non può fare alcun atto di disposizione in danno del proprietario della cosa rubata o smarrita. Se la rivende, il proprietario spogliato conserva il suo diritto di rivendicarla. A maggior ragione il proprietario può far valere il suo diritto contro un semplice creditore privilegiato (3).

---

(1) Rigetto, 13 agosto 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 466).
(2) Parigi, 5 maggio 1828 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 260, 1.°).
(3) DURANTON, t. XIX, p. 106, n. 31, e tutti gli autori.

III. — Degli oggetti che appartengono al sublocatario.

426. Il locatore può esercitare il suo privilegio sui mobili del sublocatario? A termini dell'art. 820 del codice di procedura, gli effetti dei sublocatarii e dei subaffittuarii possono essere sequestrati per le pigioni e gli affitti dovuti dal conduttore ad affittuario dal quale essi dipendono. Il sequestro è il preliminare dell'esercizio del privilegio (codice di proc., art. 819). Se il locatore ha diritto di sequestrare gli effetti del subconduttore è perchè questi effetti sono destinati al suo privilegio. Qui però vi ha un'anomalia, e non è la sola che si incontra nella difficile materia della sublocazione. Il privilegio del locatore si fonda sopra un pegno tacito e quindi sopra una convenzione che la legge suppone e che interviene fra il debitore e il suo creditore. Ora la sublocazione ha luogo tra il locatario ed il sublocatario. Questi deve garantire i diritti del suo locatore guarnendo i luoghi locati di mobili sufficienti per assicurare il pagamento della pigione. Il privilegio appartiene dunque al locatario principale, non al locatore primitivo. Questi non contrae col sublocatario, e ove non interviene alcuna convenzione non può parlarsi d'un pegno tacito. Rimandiamo, quanto alla difficoltà di principio, al titolo della *Locazione* (vol. XXV, numeri 200-203). I testi non lasciano alcun dubbio. Secondo l'articolo 1753 il subconduttore è tenuto verso il proprietario fino a concorrenza del prezzo della sublocazione al momento del sequestro, e senza che possa opporre pagamenti fatti in anticipazione. Il sublocatario è dunque tenuto verso il locatore principale sui mobili che guarniscono i luoghi locati e che sono sua proprietà. Vi ha, in forza della legge, un pegno tacito a vantaggio del locatore principale sebbene nessuna convenzione esista fra lui e il sublocatario. Soltanto questo pegno è limitato. Il locatore non può farlo valere che fino a concorrenza di quanto il sublocatario deve al sublocatore al momento del sequestro (1).

427. La situazione complessa del locatore privilegiato e del sublocatario ha sollevato alcuni dubbi nell'applicazione del principio, difficoltà che riguardano la teoria più che la pratica, perchè la decisione non è dubbia. È detto nell'atto di locazione che il conduttore potrà sublocare o cedere la sua locazione ed anche vendere il suo stabilimento commerciale. Il locatore usa di questo diritto. Si domanda se il locatore conserva il suo privilegio sui mobili che guarniscono i luoghi locati dal sublocatario. I mobili non sono più proprietà del conduttore primitivo, divenuto sublocatore. Essi appartengono al sublocatario, e sono

(1) Rigetto, 2 aprile 1806 (DALLOZ, v. *Louage*, n. 430, 1.º).

destinati al privilegio del sublocatore. Bisogna dunque decidere che il locatore primitivo non ha azione sui mobili che nei limiti di quanto deve il subconduttore. La Corte di Parigi ha giudicato che il locatore principale conservava il suo privilegio sui mobili venduti, perchè il locatario non aveva potuto venderli che gravati del privilegio dal quale erano colpiti (1). Il privilegio mobiliare non colpisce i mobili come l'ipoteca colpisce l'immobile. Così il creditore privilegiato non ha, per principio, il diritto di evizione. Se la legge permette al locatore di rivendicare gli oggetti mobiliari, ciò avviene quando il conduttore li trasporta sensa suo consenso. Ora nella specie non si trattava di rivendicazione: il fondo di commercio era stato venduto col consenso del locatore e quindi questi non poteva più avere alcun privilegio su mobili che non appartenevano più al suo locatario.

IV. — Dei frutti.

428. A termini dell'art. 20 (cod. civ. art. 2102), il privilegio del locatore cade sui frutti della raccolta dell'annata. Si deve indurne che il privilegio non grava i frutti delle annate precedenti? No, certo. Questi frutti sono compresi nella espressione della legge « *tutto ciò che guarnisce il fondo* », perchè il fondo è destinato a ricevere i frutti come la casa è destinata a ricevere i mobili. Si può dunque sempre applicare ai frutti raccolti quello che la legge dice degli effetti mobiliari che guarniscono i luoghi locati. Nelle aziende rurali il locatore deve contare sulla garanzia che gli offriranno i raccolti, e l'affittuario è interessato a dargliela. Vi ha, inoltre, la considerazione che abbiamo già fatto valere in favore del proprietario, cioè che i frutti sono prodotti della sua cosa, e quindi è giusto che, su questi frutti, egli sia preferito agli altri creditori. Questa considerazione si applica ai frutti in generale, tanto ai raccolti delle ultime annate quanto alla raccolta dall'annata in corso. Non si deve distinguere se i frutti sono posti sul granaio o nella macina, purchè si trovino sul fondo (2).

Se i frutti, come tali, sono gravati dal privilegio, perchè la legge non parla che dei frutti della raccolta dell'annata? Si è detto che la legge suppone che i frutti delle annate precedenti siano venduti. La spiegazione è insufficiente. Va da sè che il privilegio non cade su frutti venduti, poichè l'affittuario ha diritto di venderli, come diremo più avanti, senza che il locatore possa rivendicarli. A nostro avviso, per raccolta dell'an-

(1) Parigi, 28 febbraio 1832 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 240). Cfr. Amiens, 10 aprile 1839 (Dalloz, v. *Louage*, n. 430, 1.°).

(2) Martou, *Commentario*, t. II, p. 113, n. 425. Duranton, t. XIX, p. 94, n. 73, e p. 100, n. 77.

nata la legge intende i frutti non ancora raccolti o separati dal suolo. È certo che i frutti pendenti sono colpiti dal privilegio. Tuttavia, se la legge non l'avesse detto, si sarebbe potuto contestarlo. Quando si tratta di privilegio, non bisogna mai perdere di vista che la legge suppone un debitore insolvente o fallito e il concorso dei creditori. Il locatore si presenta per esercitare il suo privilegio. Su quali frutti esso cade? Ecco la questione alla quale risponde l'art. 20 (cod. civ. art. 2102). Vi hanno frutti raccolti. Sono essi colpiti dal privilegio? Sì, e senza alcun dubbio, perchè guarniscono il fondo. Ecco perchè la legge non ne dice nulla. Il privilegio cade anche sui frutti pendenti? Poteva parer dubbio. Infatti i frutti pendenti appartengono al proprietario come accessorî del suolo, e come tali sono immobili. Non si deve conchiuderne che questi frutti sono, col fondo al quale aderiscono, la garanzia dei creditori che hanno un'ipoteca sul fondo? Vi era dunque un conflitto fra creditori ipotecari ed il locatore. La legge lo risolve pronunciandosi pel proprietario, il che è logico nel sistema del codice. Quando un privilegio è in conflitto coll'ipoteca, la legge dà la preferenza al creditore privilegiato per la qualità del suo credito (art. 12).

429. Secondo la nostra opinione, non vi ha alcuna differenza fra il privilegio che cade sulla raccolta dell'annata e il privilegio che cade sulle raccolte delle annate anteriori. Il fondamento del privilegio è lo stesso in entrambi i casi, e quindi non vi è da fare alcuna distinzione. Anche nei nostri testi non vi ha nulla che implichi la minima differenza fra le due ipotesi. La legge non menziona i frutti delle raccolte anteriori; essi restano sotto l'impero del diritto comune. Gli è altrimenti della raccolta dell'annata? No, perchè la legge mette questi frutti alla stessa stregua degli effetti mobiliari che guarniscono il fondo. Il principio è dunque identico, malgrado la differenza degli oggetti che sono gravati del privilegio.

Non è così che s'interpreta la legge secondo l'opinione generale. Si stabilisce una differenza tra i frutti della raccolta dell'annata e quelli delle raccolte anteriori. Anzitutto si ammette una differenza riguardo al fondamento del privilegio nelle due ipotesi. I frutti dell'annata sono colpiti dal privilegio come frutti, mentre i frutti delle annate precedenti si confondono cogli effetti che guarniscono il fondo. Non è una questione di parole. Il privilegio che colpisce i frutti che guarniscono il fondo procede intieramente dal concetto del pegno. Il privilegio che cade sui frutti dell'annata procede più particolarmente dal concetto della proprietà. Questi frutti, prodotti della cosa del proprietario, erano suoi. Egli non li ha trasmessi al conduttore che sotto la condizione del pagamento delle pigioni che rappresentano i frutti. Egli ritiene dunque la proprietà se manca la condizione. Abbiamo trascritto letteralmente le parole del Pont, il quale non ha fatto che formulare l'opinione generale (1). Prima di

(1) Pont, t. I, p. 91, n. 123.

esporre le conseguenze che derivano dal principio, bisogna apprezzare il principio. A nostro avviso, esso non trova appoggio nè nel testo nè nello spirito della legge. Quanto al testo è cosa evidente, poichè non vi ha parola nell'art. 20 (cod. civ. articolo 2102) la quale implichi o faccia supporre una distinzione tra i frutti dell'annata e gli altri frutti. Quanto allo spirito della legge, esso è in opposizione colla teoria che abbiamo esposto, per meglio dire, questa teoria è falsa, contradditoria nei termini. Il proprietario ritiene, si dice, il suo diritto di proprietà sui frutti quando l'affittuario non paga gli affitti, ed è quando l'affittuario è insolvente che il locatore si presenta armato del suo privilegio perchè è un privilegio ch'egli esercita, e non un diritto di proprietà. Secondo l'opinione che combattiamo, si viene a questa conseguenza impossibile, assurda, che un proprietario esercita un privilegio sulla sua propria cosa. Accettiamo per un momento questa strana teoria, e vediamo se essa ha ragione di distinguere tra i frutti dell'annata e gli altri raccolti. I frutti cambiano forse natura dopo la prima annata? Non restano essi quello che sono per loro essenza, un prodotto del fondo? E se il proprietario li ritiene quando l'affittuario non paga, cessa egli di ritenerli dopo che è passato il primo anno? Queste domande non hanno senso, come non l'hanno le risposte. Lasciamo da parte una dottrina che si appaga di parole, e ritorniamo alla realtà delle cose ed ai veri principii. Vi ha una ragione speciale che spiega il privilegio del locatore sui frutti, cioè che i frutti sono prodotti del suo fondo e ch'egli ne arricchisce la massa (n. 379). Questo motivo si applica a tutti i frutti, tanto a quelli che guarniscono quanto ai frutti dell'annata. Ancora una volta la cosa è evidente. Dunque, tanto secondo lo spirito della legge quanto secondo il testo si cerca invano un motivo che giustifichi la distinzione che si fa, secondo l'opinione comune, tra i frutti dell'annata e gli altri frutti. Quando i frutti sono staccati dal suolo, non vi potrebbe essere contestazione. Ove è la differenza tra i frutti che sono macinati o quelli posti sul granaio il mese d'agosto e gli stessi frutti che si trovano sul fondo il mese d'ottobre o di novembre? In ogni ipotesi essi guarniscono il fondo. E finchè fanno corpo col suolo non lo guarniscono? Così, sia che si voglia stare all'idea di mobili che guarniscono, sia che si voglia stare all'idea di proprietà, non si arriva a comprendere la ragione della differenza che gl'interpreti fanno tra i frutti dell'annata e gli altri frutti, e se non le si capisce, è perchè la distinzione è chimerica.

430. Veniamo alle conseguenze che discendono dalla teoria che crediamo dover combattere. Esse attestano contro il principio, perchè sono del pari irrazionali. I frutti dell'annata sono colpiti dal privilegio, si dice, quantunque non guarniscano, mentre i frutti delle altre annate non sono gravati dal privilegio se non quando guarniscano, vale a dire quando si trovano sul fondo o nei fabbricati che ne dipendono. Gli è altrimenti se si tratta dei frutti dell'annata. Essi sono destinati al privilegio del

locatore anche quando si trovassero fuori dei fabbricati del fondo (1). Noi domanderemo quale è il testo, quale il principio su cui si fonda questa distinzione. Il testo enumera, è vero, separatamente i frutti della raccolta dell'annata e i mobili che guarniscono, ma questa enumerazione separata implica forse un principio diverso? No, e il seguito del testo lo prova, sempre evidentemente. Vi ha una terza categoria d'oggetti che sono destinati al privilegio del locatore: tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo. Se i frutti non *guarniscono* nel senso legale della parola, perchè la legge li distingue da *ciò che guarnisce* il fondo, bisogna dire altrettanto di *ciò che serve alla coltivazione del fondo* perchè la legge distingue anche questi effetti mobiliari da quelli che guarniscono. Ecco dunque che cosa si fa dire al testo. Gli utensili aratori, gli animali che l'affittuario ha addetti alla coltivazione non guarniscono il fondo, e quindi sono gravati del privilegio quand'anche non si trovassero sul fondo. Conseguenza assurda, che nessuno ammette. Questo prova contro il principio; per lo meno non si può dire che risulti dal testo.

Se si consulta lo spirito della legge, si deve distinguere tra i frutti dell'annata e i frutti delle annate precedenti per quanto riguarda la condizione richiesta per l'esercizio del privilegio? Abbiamo sentito Grenier, l'oratore del Tribunato (n. 379). Egli dice che il privilegio si fonda sopra un pegno tacito, ed il diritto di pegno è inseparabile dal possesso delle cose sulle quali si esercita. Dunque gli oggetti destinati al privilegio del locatore devono trovarsi sul fondo, altrimenti il diritto di pegno non si concepisce. È questa la ragione per la quale il locatore può sequestrare gli effetti gravati dal privilegio. Vi ha una differenza, sotto questo rapporto, tra i frutti dell'annata e gli altri frutti? Se ne cercherebbe invano la ragione. Vi ha d'altronde un testo formale che respinge ogni distinzione. L'art. 819 del codice di procedura dispone che il proprietario può far sequestrare per pigioni ed affitti, gli *effetti* e i *frutti* che si trovano nelle *case* e *fabbricati rustici* e *sui terreni*. Ecco l'identificazione completa dei frutti che si trovano nei fabbricati e di quelli che si trovano *sulla terra*, il che si applica specialmente ai frutti dell'annata. E *tutti i frutti* sono assolutamente equiparati agli *effetti mobiliari* che guarniscono i luoghi locati, tutti sono sequestrati *con privilegio*, tutti formano dunque oggetto di *pegno*, tutti sono soggetti alla stessa condizione, si trovino nella casa, nei fabbricati rustici o sui terreni.

Così tanto i principii quanto il testo respingono la distinzione che si vuol introdurre nella legge. Aggiungiamo che la distinzione non ha alcuna ragione di esistere. Non si vede perchè il le-

---

(1) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. III, p. 140, nota 14, § 261. Bisogna aggiungere DURANTON, t. XIX, p. 98, n. 76.

gislatore l'avrebbe stabilita. Sono gli autori che l'hanno immaginata per spiegare l'enumerazione distinta che la legge fa dei frutti dell'annata. Anche la spiegazione non ci dà ragione del testo. L'interpretazione da noi proposta ne offre invece la più completa giustificazione, pure armonizzando collo spirito della legge e coi principii generali di diritto.

431. Si applicano ai frutti i principii relativi agli effetti che guarniscono i luoghi locati. Il privilegio del locatore colpisce tutti i frutti che si trovano sul suo fondo, siano essi riposti nel granaio, o macinati, benchè questi frutti non siano prodotti della cosa del locatore. Avviene sovente che un affittuario possegga terreni di due diversi proprietari. Secondo il principio che il proprietario ha un privilegio sui frutti che nascono sul suo fondo, ciascuno dei due locatori dovrebbe avere un privilegio sui frutti prodotti dalle sue terre. Ma se l'affittuario pone tutti indistintamente i frutti sul granaio esistente nei fabbricati alle dipendenze dl uno dei fondi, il proprietario dei luoghi in cui si trovano i frutti avrà un privilegio su tutti, a meno che non sappia quali sono quelli che provengono dal fondo dell'altro proprietario. Costui deve dunque aver cura di far conoscere al proprietario del fondo in cui sono posti i frutti provenienti dai suoi terreni che questi frutti sono colpiti dal suo privilegio o deve rivendicarli per farli rimettere sulle terre che gli appartengono. La giurisprudenza è in questo senso (1). Invano si direbbe che il proprietario non può aver privilegio su frutti che non sono il prodotti della sua cosa. Si risponderebbe che il suo privilegio cade su tutto ciò che guarnisce i luoghi locati. Ora, i frutti posti sul granaio e quelli macinati guarniscono il fondo, e quindi sono gravati dal privilegio. Secondo la nostra opinione non si deve distinguere tra i frutti dell'annata e gli altri frutti. Dal momento che vi sono frutti sul granaio o macinati, essi guarniscono il fondo sul quale si trovano, e quindi sono vincolati al privilegio del proprietario di questo fondo, salva l'applicazione dei principii che abbiamo esposti più sopra (nn. 417, 418 e 419). Secondo questi principii si deve decidere che il locatore non può aver privilegio sui frutti che sa essere stati prodotti da un fondo che non gli appartiene. È vero che, nella specie, il conduttore è proprietario di tutti i frutti, ma una parte di questi non gli appartengono se non coll'onere di un privilegio a favore d'un altro proprietario. Si possono dunque applicare, per analogia, i principii che reggono le cose che non gli appartengono. Se il proprietario sulle cui terre i frutti sono stati raccolti può provare che l'altro proprietario aveva conoscenza di questo fatto, costui non potrà esercitare il suo privilegio su questi frutti, poichè la sua mala fede ha impedito che

---

(1) Parigi, 25 giugno 1853 (DALLOZ, 1855, 2, 353). Poitiers, 30 dicembre 1823 (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 237).

il privilegio nascesse. In questo senso vanno interpretate le sentenze che fanno debito al proprietario dei frutti di notificare il fatto al locatore delle terre sulle quali i frutti sono immagazzinati. È una misura di prudenza piuttosto che un'obbligazione.

432. Bisogna applicare anche ai frutti quanto abbiamo detto dei mobili. Il privilegio del locatore ha sempre per fondamento un diritto di pegno, e il pegno implica il possesso della cosa destinata alla garanzia del credito. Il locatore conserva dunque il privilegio sui frutti finchè l'affittuario li possiede. Quando questi cessa di possederli, vien meno anche il privilegio. Diremo più avanti come il locatore può rivendicare i frutti se sono semplicemente trasportati altrove e non può rivendicarli invece quando sono alienati e consegnati al compratore. Finchè i frutti venduti non sono consegnati, il privilegio del locatore sussiste, poichè i frutti continuano a guarnire i luoghi locati, sebbene non appartengano all'affittuario. Il privilegio è in questo caso prevalente al diritto di proprietà. Ciò consegue dal principio che il privilegio del locatore è un pegno tacito. Il debitore può bensì vendere la cosa impegnata, ma non può togliere al creditore pignoratario il suo diritto di pegno. Così pure l'affittuario può vendere i frutti, ma non può privare il locatore del suo pegno fino a quando li possiede, e li possiede finchè guarniscono il fondo (1).

433. È stato giudicato che in caso di vendita dei frutti il locatore non può esercitare il privilegio sul prezzo che ne fosse dovuto (2). Non vi ha dubbio. Dal momento che i frutti sono venduti o consegnati, il privilegio del locatore cessa (numero 434). Occorrerebbe dunque una disposizione della legge per trasferire il privilegio sul prezzo con una surrogazione legale: ma nessuna legge consacra in questo caso la surrogazione. Si è citato l'art. 609 del codice di procedura a termini del quale i creditori di pigioni possono fare opposizione sul prezzo della vendita. La Corte di Lione risponde che la legge suppone che il locatore abbia esercitato il privilegio prima della vendita. Una volta consumata la vendita colla tradizione, è impossibile che il creditore eserciti il suo privilegio, perchè il privilegio è estinto (3).

434. Il privilegio del locatore sui frutti spetta al proprietario che affitta i suoi beni ad un colono parziario? Si è sostenuta la negativa fondandosi sulla natura particolare di questa locazione, che sembra partecipare più della società che della locazione. Ab-

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 95, n. 75. Limoges, 26 agosto 1818 (DALLOZ, 1849, 2, 173).

(2) Lione, 24 febbraio 1836 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 234). MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 114, n. 427.

(3) Limoges, 26 agosto 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 173).

biamo esaminato la questione di principio al titolo che è sede della materia (vol. XXV, nn. 477 e 480). Secondo la nostra opinione la colonìa è una locazione, il che rende applicabile l'art. 2102 (lege ip. art. 20). L'equità ed i principii sono certamente dalla parte del proprietario. Egli non ha altra garanzia che i frutti e non avrebbe trattato senza questo pegno. È quanto dire che tutti i motivi pei quali fu stabilito il privilegio militano in di lui favore.

N. 4. — Del diritto di rivendicazione.

I. — Del trasporto degli oggetti che guarniscono.

435. A termini dell'art. 20 (codice civ. art. 2102) « il proprietario può sequestrare i mobili che guarniscono la sua casa o il suo fondo, quando siano stati trasportati altrove senza il suo consenso ». Ne abbiamo dato un esempio per i frutti (n. 431). Il privilegio del locatore, avendo per fondamento il diritto di pegno, non può essere esercitato se non a condizione che il locatore possegga, ed egli possiede mercè il conduttore. Costui non può togliere al proprietario il pegno che gli ha tacitamente consentito, trasportando altrove gli oggetti che guarniscono i luoghi locati, vale a dire ponendoli in luoghi che non dipendono dalla casa o dal fondo che tiene in affitto. Se li trasporta, il proprietario deve avere il diritto di sequestrarli, per reintegrarli nei luoghi locati.

La legge dice che il *proprietario* ha il diritto di sequestrare gli effetti trasportati altrove. Bisogna applicare al diritto di sequestro quanto abbiamo detto del privilegio (n. 382). Il privilegio spetta ad ogni locatore, perchè è accordato al credito e non al creditore. Ora, il sequestro non è che la sanzione del privilegio, e quindi colui che ha il diritto di pegno può conservarlo col sequestro. Senza la rivendicazione, il diritto del locatore sarebbe un pegno imperfetto, perchè non è lui che possiede direttamente; egli possiede per mezzo di un intermediario che può tradire la sua fiducia: donde la necessità del diritto di sequestro.

Bisogna applicare anche al diritto di sequestro quanto abbiamo detto degli oggetti colpiti dal privilegio. Il locatore esercita il privilegio su *tutto quanto guarnisce* i luoghi locati, dunque sugli oggetti che non appartengono al conduttore purchè sia in buona fede, e quindi può sequestrare questi effetti anche quando il conduttore li trasporta altrove.

La legge soggiunge che il proprietario non può sequestrare gli oggetti se non quando il conduttore li ha trasportati altrove senza il suo consenso. S'egli consente che gli effetti che gli servono di pegno siano trasportati altrove, rinuncia necessariamente alla sua garanzia, poichè, rinunciando al possesso, rinuncia al

suo pegno (art. 2076). Ritorneremo su questo punto trattando del diritto di evizione.

436. Finchè gli effetti non sono trasportati altrove, il pegno del locatore sussiste. Bisogna applicare a tutto ciò che guarnisce i luoghi locati quanto abbiamo detto dei frutti (n. 433). Il conduttore può disporre degli effetti che guarniscono, poichè ne è proprietario, e quindi può alienarli o gravarli d'un diritto reale, ma finchè resta in possesso il locatore conserva il suo pegno. Invano si direbbe che in diritto moderno la vendita trasferisce la proprietà e che ogni diritto reale è acquisito, indipendentemente dalla tradizione, non solo fra le parti, ma anche a riguardo dei terzi. Ciò suppone che i terzi non abbiano un diritto acquisito sulla cosa. Ora, il locatore ha un diritto di pegno che è pure un diritto reale. Questo diritto non può essergli tolto finchè possiede la cosa, ed egli continua a possederla finchè non sia stata fatta la consegna al compratore. Soltanto bisogna soggiungere che è un pegno imperfetto, poichè il conduttore può alienare la cosa impegnata. La legge è venuta in soccorso del locatore dandogli, come diremo, il diritto di evizione. Pel momento, noi supponiamo che gli oggetti venduti non siano stati trasportati. Essi restano a disposizione del locatore, e, per conseguenza, questi conserva il suo privilegio. Quello che diciamo del diritto di evizione lo prova all'evidenza. Il locatore può seguire la cosa venduta anche nelle mani d'un acquirente di buona fede. Per la identica ragione bisogna dire ch'egli conserva il suo privilegio finchè gli effetti non sono stati consegnati al compratore.

437. Il trasporto non estingue il privilegio che quando sia fatto dal conduttore, ed è soltanto in questo caso che il locatore ha d'uopo del diritto di rivendicazione. Se il sindaco d'un fallimento, l'erede beneficiato o il curatore d'una eredità giacente sequestra gli oggetti mobiliari per farli vendere, allo scopo di liquidare la massa, il locatore conserva il suo pegno, senza che sia obbligato di ricorrere alla rivendicazione. La Corte di cassazione del Belgio ha giudicato così, e non vi ha dubbio. In caso di fallimento, il debitore è privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, e, alla loro volta, i creditori non possono più agire individualmente contro il debitore: i loro diritti sono tutelati dalla gestione che la legge affida ai sindaci o curatori. Le vie d'esecuzione che uno dei creditori volesse esercitare sarebbero ad un tempo frustranee ed inutili. Frustranee, poichè intralcerebbero l'azione comune dei creditori, rappresentati dal loro mandatario giudiziale. Inutili, poichè gli agenti del fallimento sono incaricati di conservare i beni del fallito, di venderli e di pagare i creditori privilegiati coi primi denari incassati dopo la verifica dei crediti. Ne consegue che il locatore non può nemmeno continuare l'esecuzione che aveva cominciata per giungere alla realizzazione del suo diritto. A maggior ragione, le procedure dei sindaci o curatori non possono nuocere al loca-

tore. Egli non avrebbe nemmeno il diritto di opporsi al trasporto ed alla vendita degli oggetti che guarniscono i luoghi locati. La legge ha provveduto ai suoi interessi: a lui non rimane che lasciar fare agli agenti ai quali ha affidato la gestione dei beni del fallito (1).

II. — Del diritto di evizione.

438. Può farsi il trasporto senza che il conduttore disponga della cosa. Egli ne conserva la proprietà ed anche il possesso, ma il locatore cessa di possedere dal momento che gli effetti non guarniscono più i luoghi locati. Basta, in tal caso, che il locatore li sequestri per farli reintegrare nei luoghi locati. Non è questo ciò che s'intende per diritto di evizione. I creditori ipotecarii hanno il diritto di evizione, nel senso che, se il debitore aliena l'immobile destinato al loro credito, essi possono esercitare l'azione ipotecaria contro il terzo detentore, vale a dire far vendere l'immobile ipotecato, per essere pagati sul prezzo preferibilmente agli altri creditori. Questo diritto di evizione spetta anche ai creditori che hanno un privilegio sugli immobili; non appartiene ai creditori che hanno un semplice privilegio mobiliare, non essendo i mobili soggetti alla evizione ipotecaria. È una vecchia massima del diritto francese che il codice civile ha consacrato (art. 2119) e che la nostra legge ipotecaria ha riprodotto (art. 46). Per eccezione a questo principio, il locatore ha il diritto di evizione. L'art. 20 non parla, è vero, del diritto di evizione, ma lo ammette implicitamente dando al proprietario il diritto di sequestro o di rivendicazione in tutti i casi in cui il conduttore *trasporta*, senza il di lui consenso, gli oggetti che guarniscono la casa o il fondo. La parola *trasportare* s'intende tanto dell'alienazione quanto d'un semplice cambiamento di posto. La tradizione non lascia alcun dubbio su questo punto (2).

Il locatore ha dunque il diritto di seguire gli effetti che guarniscono i luoghi locati quando il conduttore li ha alienati e ne ha fatto la consegna al compratore. Ha egli questo diritto anche quando il compratore è in buona fede? L'affermativa è ammessa da tutti, salvo il dissenso di Grenier. Essa si fonda sul testo e sullo spirito della legge. L'art. 20 (codice civ. art. 2102) è concepito nei termini più generali. Dal momento che la cosa è trasportata senza il consenso del locatore, questi può rivendicarla contro il detentore. La legge non esige altra condizione,

---

(1) Rigetto, 2 febbraio 1845 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 117); Bruxelles, 13 luglio 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 231); AUBRY e RAU, t. III, p. 150, nota 45, § 261.
(2) PONT, t. I, p. 107, n. 132, e più avanti il passo di POTHIER (n. 173).

e non è permesso all'interprete aggiungerne poichè farebbe la legge. Il motivo pel quale la legge ha dato al locatore il diritto di evizione conferma la generalità del testo. È parso che il credito del locatore meritasse, come diremo più avanti, questo favore. Ora, il favore sarebbe irrisorio se il compratore di buona fede potesse respingere l'azione del creditore privilegiato. La legge, volendo assicurare il pagamento delle pigioni, ha dunque dovuto permettere al proprietario di sequestrare gli oggetti nelle mani d'un terzo possessore di buona fede. Si è obbiettato che in tal modo si dà al privilegio, vale a dire ad un semplice diritto reale, una forza più grande che al diritto di proprietà. Il proprietario non può rivendicare contro un terzo possessore di buona fede; egli sarebbe respinto coll'eccezione che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Si può dare ad un creditore privilegiato un diritto che si rifiuta al proprietario? L'obbiezione non tiene alcun conto della natura del diritto di evizione. Quando il creditore ipotecario segue l'immobile ipotecato nelle mani d'un terzo detentore, poco importa la buona o la mala fede del possessore. Di regola egli ha conoscenza dell'ipoteca, ma quand'anche non la conoscesse, non cessa di essere soggetto all'azione ipotecaria, come vi era soggetto nell'antico diritto, malgrado la clandestinità dell'ipoteca, come vi era soggetto anche secondo il codice civile, malgrado la clandestinità dell'ipoteca legale. La ragione di decidere si è che egli acquista un immobile smembrato, e deve subire le conseguenze di questo smembramento della sua proprietà. Ora, dando al privilegio del locatore il diritto di evizione, la legge lo assimila all'ipoteca. Il locatore deve dunque avere lo stesso diritto del creditore ipotecario (1).

439. Perchè la legge dà al locatore il diritto di evizione che rifiuta a tutti gli altri creditori privilegiati? Si risponde ordinariamente che la legge ha dovuto armare il locatore del diritto di evizione per rendere efficace il suo privilegio. La ragione prova troppo e, quindi, non prova nulla. Si potrebbe dire altrettanto di tutti i privilegi mobiliari. Pothier dà un motivo giuridico che pecca egualmente per troppa generalità. « Avendo i mobili, egli dice, contratto una *specie d'ipoteca* quando sono stati introdotti *nella casa* o mezzadria, non possedendoli quindi il locatario che col peso di *questa specie d'ipoteca,* non ha potuto trasmetterli ad altri che con questo peso, nessuno potendo trasferire ad altri sopra una cosa maggior diritto di quello che abbia egli stesso » (2). Ogni privilegio non implica forse un'ipoteca? È un solo e medesimo diritto, ma vi hanno privilegi che non godono di tutti i diritti dell'ipoteca, in causa della massima

---

(1) DURANTON discute lungamente la questione (t. XIX, p. 137, n. 100).

(2) POTHIER, *Della locazione*, n. 261. Cfr. Bruxelles, 10 giugno 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 173).

tradizionale che rifiuta ai mobili ogni evizione (art. 46, codice civile, art. 2119). Torna dunque da capo la nostra questione. La legge non dà il diritto di evizione ai privilegi mobiliari, sebbene possano tutti essere assimilati ad ipoteche, al pari del privilegio del locatore. Perchè fa eccezione pel privilegio del proprietario?

Si risponde che non è un'eccezione, ma piuttosto l'applicazione del diritto comune. Il proprietario d'un oggetto mobile può rivendicarlo quando si tratta d'una cosa che gli è stata rubata. Ora, quando il conduttore vende una cosa gravata dal privilegio del locatore senza il suo consenso, lo fa in frode del privilegio. È dunque, come si diceva nell'antico diritto, una specie di *furto* o di *larcin* del pegno. Dunque il locatore deve avere il diritto di rivendicazione che la legge accorda al proprietario (1). Ciò è troppo assoluto. Non si può assimilare ad un furto la vendita d'un oggetto che guarnisce i luoghi locati, quand'anche il conduttore fosse di mala fede. Il solo legislatore potrebbe fare questa assimilazione, e nulla prova che tale sia stato il pensiero degli autori del codice civile. D'altronde il locatario che vende può essere in buona fede, il che non impedisce al locatore d'esercitare il suo diritto di rivendicazione.

In sostanza, noi non conosciamo altra ragione della differenza che la legge stabilisce fra il privilegio del locatore e gli altri privilegi che il favore singolare di cui ha sempre goduto il credito del *seigneur d'hôtel* e del *seigneur de métairie*, come Pothier non manca mai di dire, parlando del locatore. Il favore non è esagerato? Questo è affare del legislatore, il quale apprezza la qualità dei crediti e proporziona conseguentemente i diritti che vi attribuisce.

440. Il locatore ha il diritto di rivendicazione quando i mobili che guarniscono i luoghi locati restano sufficienti per garantire il credito privilegiato? Abbiamo esaminata la questione altrove (2) (vol. XXV, n. 249).

441. La legge permette al locatore di *rivendicare* gli oggetti che guarniscono la sua casa o il suo fondo. La parola *rivendicazione*, di cui la legge si serve, non deve essere presa qui nel suo senso usuale. Rivendicare è esercitare il diritto di proprietà. Il solo proprietario può rivendicare, e il locatore non è certo proprietario degli oggetti che guarniscono la sua casa o il suo fondo. Quello che la legge chiama rivendicazione è un sequestro, il cui scopo è, non di restituire al locatore un diritto di proprietà che non ha mai avuto, ma di rimetterlo in possesso delle cose alienate, affinchè conservi il suo privilegio, come dice l'art. 20. Se la legge dà il nome di *rivendicazione* a questo sequestro, è perchè il locatore ha un diritto reale sulla cosa,

---

(1) VALETTE, *Dei privilegi*, p. 61 e seg., nn. 66 e 67.

(2) Cfr., in senso contrario alla nostra opinione, PONT, t. I, p. 106, n. 132, secondo MOURLON, *Esame critico*, n. 164.

vale a dire uno smembramento della proprietà. Egli esercita dunque un diritto analogo a quello del proprietario, e siccome la lingua francese non ha un termine tecnico per designare l'azione di colui che fa valere un diritto reale, la legge s'è servita dell'espressione che indica l'esercizio del diritto intiero di proprietà.

442. Il locatore può rivendicare gli oggetti che guarnivano i luoghi locati e che non appartenevano al conduttore? Sì, e senza alcun dubbio. Il testo dice che il proprietario può sequestrare i mobili che guarniscono la sua casa o il suo fondo. Ora, guarniscono anche gli oggetti che non appartengono al conduttore, quando tale è la loro natura e la loro destinazione. Il locatore esercita il suo privilegio senza essere tenuto a provare che il conduttore è proprietario degli oggetti che fa sequestrare. Così pure ha il diritto di rivendicazione senza che debba provare di essere proprietario, perchè egli non rivendica, sequestra, e sequestra per garantire il suo privilegio. Se rivendicasse, dovrebbe agire giudizialmente e provare che è proprietario. La rivendicazione del locatore, al contrario, è un sequestro, e il locatore sequestra tutto ciò che guarnisce. La sola cosa da provare si è che gli oggetti venduti guarnivano la sua casa e il suo fondo e ch'essi devono esservi reintegrati (1).

443. Il codice di procedura fa un'eccezione al diritto di rivendicazione. Secondo l'art. 609, i creditori, in caso di sequestro, non possono fare opposizione che sul prezzo della vendita, e la legge soggiunge espressamente che gli è così anche del creditore per *pigioni*. E' inutile sequestrare e rivendicare quando vi è già un atto esecutivo. I mobili sono posti sotto la mano dell'autorità giudiziaria, colla riserva di tutti i diritti. Il locatore, facendo opposizione sul prezzo, tutela i suoi interessi, poichè, in forza del suo privilegio, egli sarà pagato con preferenza sul prezzo (2).

III. — Dell'esercizio del diritto di sequestro per rivendicazione.

444. La legge non permette la rivendicazione che in un termine brevissimo. Il locatore deve farla, quando si tratta dei mobili che guarniscono un fondo, nel termine di quaranta giorni e in quello di quindici se si tratta di mobili che guarniscono una casa. Quando il proprietario rivendica oggetti alienati dal conduttore, vi ha un motivo d'interesse generale per cui egli

---

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 117, n. 431.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 150, nota 44, § 261. Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Poitiers del 17 febbraio 1831 (Dalloz, v. *Privilèges*, numero 291). Siccome si tratta dell'interpretazione del codice di procedura, rimandiamo a Martou, t. II, p. 119, n. 437.

deve agire entro un breve termine, ed è che la proprietà dell'acquirente resta incerta, e la stabilità della proprietà è d'interesse pubblico. Se si tratta di un semplice trasporto, la proprietà non è in causa, ma il trasporto può far nascere un nuovo privilegio, come nel caso in cui sono trasportati dei frutti prodotti da un fondo su terre appartenenti ad un altro proprietario. Anche in questo caso, vi ha un conflitto di diritti reali al quale importa metter fine. In ogni ipotesi, il legislatore ha dovuto fissare un breve termine, poichè l'interesse dei terzi può essere impegnato da un giorno all'altro in un conflitto col proprietario, e questi non può lagnarsi che gli si tolga il suo privilegio, poichè non stava che a lui di conservarlo. Ecco perchè la legge fissa un termine più lungo quando si tratta di mobili che guarniscono un fondo. Il proprietario, non essendo sui luoghi, non sarà informato immediatamente, e quindi gli occorre un tempo più lungo per agire.

Dovrà dirsi per questo che il termine non cominci a decorrere che a partire dal giorno in cui il locatore ha avuto conoscenza del trasporto? No, la differenza del termine che abbiamo indicato prova il contrario. Perchè si sarebbero dati al proprietario d'un fondo quaranta giorni per agire e quindici soltanto al proprietario d'una casa se il termine non decorresse contro l'uno e l'altro, che a partire dal giorno in cui essi hanno conosciuto il trasporto? Il legislatore suppone che un termine di quindici o di quaranta giorni basta per informare il proprietario. Su questo punto tutti sono d'accordo (1). Ma si domanda se vi ha luogo a fare un'eccezione nel caso in cui vi fosse stato un concerto fraudolento fra il conduttore e il terzo, per nascondere il trasporto, allo scopo d'impedire al locatore di rivendicare. La questione è controversa. A noi pare, che se vi ha frode propriamente detta, si debba applicare il vecchio adagio, secondo il quale il dolo fa sempre eccezione. In questo caso, la supposizione del legislatore cade. Il locatore non ha potuto agire, poichè i raggiri che si sono usati gli hanno impedito di aver notizia del trasporto, e la legge non può favorire la frode (2).

445. La legge esige ancora un'altra condizione perchè il locatore possa rivendicare, ed è ch'egli non abbia consentito al trasporto, e questo s'applica anche al caso in cui gli oggetti sono stati venduti col consenso del locatore. Consentendo a che gli oggetti gravati dal suo privilegio siano trasportati o venduti, il locatore rinuncia al suo diritto di pegno. Il consenso può essere espresso o tacito. E' il diritto comune, e la legge non vi deroga poichè non esige un consenso formale.

---

(1) PONT, t. I, p. 105, n. 131. Bruxelles, 10 agosto 1812 (DALLOZ, v. *Saisie-revendication*, n. 13), e 25 marzo 1814 (*Pasicrisie*, 1814, 2, 38). Rigetto, 6 maggio 1835 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 283).

(2) AUBRY e RAU, t. III p. 149, e nota 41, § 261, e gli autori in senso contrario che citano.

Il consenso tacito è frequentatissimo. Esso esiste in tutti i casi in cui gli oggetti colpiti dal privilegio sono destinati ad essere venduti, e devono esserlo perchè la locazione raggiunga il suo scopo e il conduttore si procuri i mezzi di pagare le pigioni o gli affitti. Tali sono le merci che guarniscono una bottega ed i prodotti frabbricati che guarniscono un opificio od una manifattura. Il locatore consente a che queste cose siano vendute, perchè il locatario prende in affitto la bottega, l'opificio o la fabbrica per esercitarvi il suo commercio o la sua industria, vale a dire per vendere gli oggetti che guarniscono i luoghi locati. Il locatore non perde nulla nella vendita, poichè vendendo il conduttore s'arricchisce, e di regola gli oggetti ch'egli vende sono sostituiti da nuovi oggetti. Se il locatario vendesse senza sostituirli, il locatore potrebbe usare del diritto che la legge gli accorda d'espellere il locatario che non guarnisce sufficientemente i luoghi locati. il che concilia tutti gli interessi (1).

446. Si è osservato che il codice civile come pure la legge ipotecaria, dopo aver enumerato i diversi oggetti che sono gravati del *privilegio* a vantaggio del locatore, dicono che possono essere *rivendicati* soltanto *i mobili* che guarniscono la casa locata o il fondo. Si deve conchiuderne che il proprietario non può rivendicare i frutti e gli oggetti che servono alla coltivazione del fondo? La questione non è mai stata posta riguardo a questi ultimi effetti, perchè è evidente ch'essi guarniscono il fondo, quantunque la legge li enumeri separatamente. Restano i frutti. Se la legge non li menziona, è perchè essa ha specialmente in vista la vendita degli oggetti che guarniscono e che non sono destinati alla vendita. Ora, è certo che i frutti sono destinati ad essere venduti. Dunque il locatore consente alla vendita, e quindi non si può più trattare di rivendicazione. Dovrà dirsi per questo che i frutti non possono mai essere rivendicati? La rivendicazione può farsi in caso di semplice trasporto. In questo caso non vi ha alcun dubbio che il locatore non possa sequestrare i frutti per reintegrarli nei luoghi locati. Ne abbiamo dato un esempio (n. 431). Il locatore è interessatissimo a rivendicare i frutti trasportati, poichè, perdendo il possesso, perde il privilegio, e nessun principio vi si oppone. Quanto al testo dell'art. 20 (codice civile, art. 2102), esso comprende implicitamente i frutti, poichè anche i frutti guarniscono il fondo (2).

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 117, n. 434 e tutti gli autori.

(2) DURANTON, t. XIX, p. 95, n. 74; MARTOU, t. II, p. 116, n. 430; PONT, t. I, p. 107 n. 132.

§ II. — *Delle spese della raccolta e di coltivazione.*

447. L'art. 20 n. 2 (codice civile, art. 2102, 1.°) privilegia le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta dell'annata, sul prezzo di questa raccolta. Questo privilegio ha la stessa causa di quello del locatore. Il creditore che fornisce le sementi procura la raccolta al pari del proprietario che fornisce il suolo. La legge dà anzi al suo credito maggior considerazione, poichè gli accorda la preferenza su quello del locatore (art. 24). È lo stesso delle spese della raccolta. Coloro che hanno un credito per questo titolo hanno egualmente contribuito a procurare la raccolta, perchè non basta che la terra seminata produca i frutti; ci vogliono spese anche perchè la terra divenga produttiva, e ce ne vogliono perchè i frutti siano raccolti. Tutti coloro che hanno contribuito alla produzione del raccolto devono essere preferiti agli altri creditori, poichè questi s'arricchiscono dei frutti che aumentano il patrimonio del debitore.

L'art. 20 mette alla stessa stregua le somme dovute per utensili che servono alla coltivazione. Esse sono privilegiate sul prezzo di questi utensili. Senza strumenti aratori la coltura sarebbe impossibile, come lo sarebbe senza sementi. Questi crediti avendo la stessa causa, la stessa qualità, devono godere dello stesso favore.

448. I privilegi del n. 2 sono speciali perchè hanno una causa speciale. Ecco perchè le spese fatte per la raccolta di un'annata non sono privilegiate che sulla raccolta di quell'annata. Esse sono estranee alle altre raccolte, e non potrebbero, per conseguenza, godere d'un privilegio su frutti che non hanno contribuito a produrre. Riguardo alle somme dovute per utensili, la legge non le privilegia che sul prezzo degli utensili e non sulla raccolta, poichè il creditore non ha reso servizio alla massa che fornendo gli utensili. La causa essendo speciale, anche il privilegio deve essere speciale.

La Corte di cassazione ha annullato, conseguentemente, una sentenza che accordava un privilegio sulla raccolta per forniture e riparazioni d'utensili aratorii. Non si possono, essa dice, considerare come spese di raccolta le forniture e riparazioni d'utensili, poichè è unicamente sul prezzo di questi utensili che la legge accorda un privilegio a colui che li ha forniti o riparati. La Corte ne conchiude ancora, ed è evidente, che il privilegio non può estendersi sul prezzo d'utensili che non siano quelli forniti o riparati da colui che reclama il privilegio (1). È anzi dubbio che il privilegio esista per le riparazioni d'utensili. La

(1) Cassazione, 12 novembre 1839 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 299).

legge dice, è vero, in termini generali « le somme dovute per utensili », ma intende parlare degli utensili forniti all'affittuario. e, d'altra parte, la legge non privilegia tutte le riparazioni, ma soltanto le spese di conservazione (art. 20, n. 4).

449. Che cosa s'intende per spese di raccolta? E' stato giudicato che la legge non ha inteso accordare un privilegio se non a coloro i quali hanno preso una parte diretta alla seminagione delle terre od alle operazioni delle raccolte, con gli operai, giornalieri, domestici, ecc. (1). La Corte s'esprime male non parlando che del lavoro di *seminagione*. La legge dice *spese di sementi*, quindi innanzi tutto è privilegiata la fornitura di sementi, poi vengono i lavori dei giornalieri ed operai che hanno seminato.

Si è presentata una difficoltà per i giornalieri. Essi lavorano giorno per giorno, ed era sembrato al tribunale di Lione che dovessero farsi pagare le loro giornate alla fine di ogni giorno o di ogni settimana. Era un singolare ragionamento. Il credito del giornaliero, quantunque nasca ogni giorno, non si prescrive che in sei mesi, e se lavora alla raccolta, ha un privilegio finchè il suo credito sussiste. La decisione è stata cassata (2).

Vi è un'altra difficoltà per i domestici dell'affittuario che lavorano alla raccolta. Hanno essi il privilegio dell'art. 20, n. 2 (codice civile, art. 2102, 2.°) o quello dell'art. 19, n. 4 (codice civile art. 2101, 2.°)? In ogni caso essi hanno un privilegio, ma, se agiscono in forza dell'art. 19, sono posposti al locatore (art. 26), mentre il privilegio dell'art. 20, n. 2 è anteposto al locatore. Fu giudicato che il domestico può reclamare il privilegio della raccolta (3). Sarebbe ammissibile se i domestici fossero pagati per i lavori che fanno nei campi, ma se non ricevono altro salario che le loro mensilità, il loro credito è un credito di mensilità e non un credito di raccolta, e quindi non può godere del privilegio delle spese di raccolta.

450. Si è domandato se gli operai impiegati da un proprietario nei lavori della raccolta godono del privilegio dell'art. 20. Una sentenza della Corte di cassazione suppone che il privilegio non spetti che a coloro che trattano coll'affittuario (4). Il codice civile dava luogo ad un dubbio. Esso non conteneva un paragrafo distinto per il privilegio della raccolta. Lo stesso numero che stabiliva il privilegio del locatore portava che le spese di raccolta erano privilegiate a riguardo del proprietario di modo che pareva che la legge non accordasse il privilegio a riguardo del locatore. Questo dubbio scomparisce nella legge

(1) Limoges, 26 agosto 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 173).
(2) Cassazione, 24 giugno 1807 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 293).
(3) Parigi, 23 giugno 1812 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 293). MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 121, n. 443.
(4) Rigetto, 11 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 119).

belga. Essa tratta del privilegio delle spese di raccolta in un paragrafo distinto ed in termini assoluti, senza menzionare nè il proprietario nè l'affittuario. È il credito della raccolta che la legge privilegia, qualunque ne sia il debitore, il che è molto logico, perchè le spese di raccolta non cambiano natura nè qualità, secondo che sono fatte per un proprietario o per un affittuario (1).

451. Le forniture di concime sono privilegiate? In teoria l'affermativa non è certamente dubbia. Si può avere una raccolta senza letame? La raccolta, in ogni caso, diviene più abbondante. Dunque colui che procura il concime arricchisce gli altri creditori e si può applicargli alla lettera quello che si dice per giustificare il privilegio delle sementi e della raccolta (2). Tuttavia la giurisprudenza si è pronunciata per l'opinione contraria. La Corte di Bruxelles dice che bisogna distinguere le spese di produzione dalle spese di raccolta. Questa distinzione risulta dal testo della legge: essa non privilegia tutte le spese di produzione, ma soltanto quelle delle sementi, il che pare già decisivo? L'espressione *spese di raccolta* non comprende le spese di produzione, altrimenti sarebbe stato inutile privilegiare le sementi. Ora, l'interpretazione dei privilegi è di stretto diritto, e quindi non si può estendere al concime il privilegio che la legge accorda alle sementi (3). E' una lacuna che non è permesso all'interprete di colmare. La Corte di cassazione s'è pronunciata in favore di questa interpretazione restrittiva. Essa dice che le parole *spese di raccolta* hanno un significato determinato dall'uso e non comprendono che le somme dovute per mietere, battere il grano e mettere i frutti al sicuro, che sarebbe forzare il senso di queste parole comprendendovi tutte le spese fatte per ottenere una migliore raccolta. Ora, i privilegi non esistono senza testo formale, non si possono indurre da un caso ad un altro, devono, al contrario, essere ristretti ai casi previsti (4).

452. Le spese di raccolta variano naturalmente secondo i diversi prodotti. È stato giudicato che la fornitura di barili destinati a contenere i vini bianchi della Gironda è privilegiata sul prezzo della raccolta dell'annata. La sentenza della Corte di Bordeaux è benissimo motivata. La Corte entra in dettagli per spiegare l'uso dei barili, e conchiude che il metodo usato, e che richiede l'uso immediato dei barili, può solo preservare i vini bianchi da ogni alterazione e conservar loro l'aroma e il sapore che danno loro un grado elevato nei prodotti della Gironda. Ciò decide la questione. L'impiego dei barili essendo un

---

(1) Cfr. PONT, t. I, p. 109, nota 1.

(2) MARTOU, t. II, p. 121, n. 444; PONT, t. I, p. 109, n. 134.

(3) Bruxelles, 31 dicembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 255).

(4) Rigetto, 9 novembre 1857 (DALLOZ, 1858, 1, 30). Cfr. Amiens, 2 maggio 1863 (DALLOZ, 1863, 5, 302), e Rennes, 4 maggio 1871 (DALLOZ, 1873, 5, 379). Nello stesso senso, AUBRY e RAU, t. III, p. 150, nota 47, § 201.

elemento indispensabile di questa raccolta speciale, la loro fornitura deve essere compresa nelle spese di raccolta che la legge privilegia, perchè procurano la raccolta mantenendo ai vini la loro qualità e il loro valore (1).

453. La parola *utensili* ha un significato molto esteso. Dovrà dirsi per questo che ogni fornitura di utensili sia privilegiata? No, perchè la legge limita il senso di questa parola, soggiungendo *necessarii alla coltivazione*, il che esclude gli utensili di casa. Vi è un'altra difficoltà. La legge intende parlare soltanto della coltivazione agricola, ovvero il privilegio s'estende anche all'esercizio industriale? L'interesse della questione consiste nel grado del privilegio. Il venditore d'una macchina o d'un apparecchio qualunque ha un privilegio per il pagamento del prezzo (art. 20, n. 5), ma è posposto al locatore (art. 23), mentre il privilegio dell'art. 20, n. 2, è anteposto al locatore (art. 21). Se il privilegio per *utensili* fosse stabilito in un paragrafo distinto si dovrebbe, senza dubbio alcuno, applicarlo tanto all'industria quanto all'agricoltura. Ma questo privilegio fa seguito, in un solo e medesimo numero, a quello delle spese di semente e di coltura. Si può generalizzare il privilegio d'utensili, quando il privilegio della raccolta è speciale? Ci pare dubbio, perchè si estende un privilegio che la legge pare restringa. Se si tiene conto dei lavori preparatorii, il nostro dubbio diviene certezza. Si legge nella relazione di M. Lelièvre: « Noi non intendiamo parlare che degli *utensili aratorii* e che servono alla coltivazione, in una parola, di quelli che hanno servito a fare la *raccolta* ». Questo ne sembra decisivo (2).

§ III. — *Delle spese di conservazione.*

454. L'art. 20, n. 3, richiama il privilegio del creditore pignoratizio che il codice Napoleone stabilisce nell'art. 2073. Ne abbiamo trattato spiegando il titolo del *Pegno*.

455. L'art. 20, n. 4, privilegia le opere fatte per la conservazione delle cose, con che s'intendono le spese necessarie, senza le quali la cosa sarebbe perita. È il più legittimo dei privilegi, perchè è in grazia dei lavori fatti per conservare la cosa ch'essa si trova ancora nel patrimonio del debitore e che gli altri creditori ne approfittano. Anche la legge gli dà il primo grado fra i privilegi (art. 22), quando è in concorso con privilegi anteriori.

456. Questo privilegio spetta alle spese di miglioria, vale a

---

(1) Bordeaux, 1.° gennaio 1872 (DALLOZ, 1873, 2, 14).

(2) Vedi, in senso contrario, MARTOU, t. II, p. 123, n. 447, e Amiens, 20 novembre 1837 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 298).

dire alle spese che, senza essere necessarie per conservare la cosa, le procurano un maggior valore? La questione è controversa, ma non dovrebbe esserlo, perchè i testi ed i principii non lasciano alcun dubbio. La legge non privilegia che le spese di conservazione, e non si può certo dare questo nome alle spese che non conservano la cosa, benchè la migliorino. Ora, i privilegi sono di stretto diritto. Estenderli è creare un diritto di prelazione che il legislatore solo ha il diritto d'accordare. Eppure uno dei nostri migliori scrittori, il Grenier, ha dimenticato questo principio elementare. Invano egli invoca l'equità. Basta l'equità per accordare un privilegio? Invano invoca la forza delle analogie. L'argomentazione analogica è forse ammissibile quando si tratta d'una eccezione al diritto comune che il legislatore solo ha il diritto di stabilire? (1). Una Corte ha creduto di dare maggior forza all'argomento di Grenier, dicendo che, se le spese di conservazione godono d'un privilegio, dev'essere lo stesso, ed a maggior ragione, delle spese di miglioria, poichè il creditore aumenta il patrimonio del debitore ed arricchisce gli altri creditori (2). Rispondiamo che in materia di privilegi non si ragiona *a fortiori* più di quel che si ragioni per analogia. Ecco perchè la Corte di cassazione ha rifiutato il privilegio ai fornitori di concime (n. 451), benchè si potesse dire in favore del creditore tutto ciò che si dice in favore dell'operaio che ha procurato col suo lavoro un maggior valore alla cosa.

L'opinione che professiamo è insegnata da tutti gli autori, ed è consacrata dalla costante giurisprudenza delle Corti del Belgio. Le sentenze si limitano a citare il testo. La Corte di Gand dice essere evidente che la legge non comprende i lavori di miglioria. Nella specie, la parola *evidenza* non è un'asserzione temeraria, poichè in materia di privilegio il testo è decisivo (3).

Basta una difficoltà teorica. La legge accorda un privilegio all'operaio che eseguisce lavori di miglioria sopra un immobile (art. 27 5.°, cod. civ., art. 2103, 4.°). Perchè non dà una preferenza all'operaio che col suo lavoro aumenta il valore d'un oggetto mobiliare? Per principio, vi ha la identica ragione, eppure non si può dire che vi sia contraddizione nell'accordare all'uno il privilegio che è rifiutato all'altro. Se il legislatore avesse privilegiato le spese di miglioria fatte sopra un oggetto mobile, avrebbe dovuto prescrivere una perizia per constatare il valore della cosa prima dei lavori, ed una nuova perizia per constatare il maggior valore che i lavori hanno dato alla cosa,

---

(1) GRENIER, n. 314, t. II, p. 22 dell'edizione belga. In senso contrario, tutti gli autori. Vedi specialmente VALETTE, p. 99 e seg.

(2) Rouen, 18 giugno 1825, e Colmar, 7 marzo 1812 (DALLOZ, v. *Privilèges*, numero 321).

(3) Liegi, 13 dicembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 272) e 6 febbraio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 165). Gand, 28 dicembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 198).

donde spese che sovente avrebbero oltrepassato l'interesse della lite (1). La questione non ha importanza che per le macchine. In questo caso il credito dell'operaio può essere considerevole e, per conseguenza, il legislatore avrebbe potuto e dovuto privilegiarlo.

457. Pur rifiutando alle spese di miglioria un privilegio, la dottrina e la giurisprudenza s'accordano nel dare all'operaio un diritto di ritenzione. Questo diritto, si dice, s'induce evidentemente dall'art. 570 (2). Qui la parola *evidenza* è azzardata. L'articolo 570 prevede il caso della specificazione, e decide che, se un artefice ha impiegata una materia prima che non gli apparteneva per formare una cosa di nuova specie, colui che ne era il padrone ha diritto di pretendere la cosa che venne formata rimborsando il prezzo della mano d'opera. Constatiamo anzitutto che non è detta una parola in questo testo d'un diritto di ritenzione, e quand'anche si potesse indurlo dalla legge si applicherebbe ad un caso che ha nulla di comune colla questione che esaminiamo. Nell'ipotesi prevista dall'art. 570 nessuna convenzione è intervenuta fra il proprietario e lo specificatore. Si comprenderebbe dunque, a rigore, che la legge accordasse all'operaio una garanzia per il pagamento dei suoi lavori, mentre l'art. 20 della legge ipotecaria suppone che un operaio lavori per il padrone. Vi ha un contratto, l'operaio può stipulare garanzie, il pegno, per esempio, della cosa che migliora e quindi il diritto di ritenzione non è più indispensabile. E secondo la nostra opinione, questo diritto eccezionale non esiste che quando è stato stipulato. Rimandiamo a quanto fu detto più sopra (nn. 293 e seguenti) (3).

458. La legge privilegia le spese fatte per la *conservazione della cosa*. Che cosa s'intende per *cosa* e per *spese di conservazione*? La parola cosa è vaga e per conseguenza larga quanto è possibile, e quindi comprende tutte le cose mobili, tanto i diritti e i crediti quanto i mobili corporali. È l'interpretazione generalmente ammessa. Vi ha però un motivo di dubitare. Nel linguaggio giuridico, per spese di conservazione s'intendono le spese dette necessarie, in opposizione alle spese utili e voluttuarie, il che implica lavori manuali, e quindi una cosa corporale su cui questi lavori si fanno. Si dirà che, interpretando così la legge, se ne restringono i termini generali. L'obbiezione è vera per la parola *cosa*, ma la parola *conservazione* non limita il senso di quest'ultima espressione? Sarebbe appunto il nostro avviso. Ne risulterà, è vero, che l'interpretazione restringerà il privilegio, ma i privilegi non devono essere interpre-

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 136, n. 459.
(2) PONT, t. I, p. 115, n. 42. MARTOU, t. II, p. 136, nn. 460 e seg.
(3) Cfr. una sentenza benissimo redatta del tribunale di commercio di Bruxelles del 30 ottobre 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 320).

tati restrittivamente? Il numero 5 dell'art. 20 conferma il nostro modo di vedere. Esso tronca una difficoltà che si era presentata sotto l'impero del codice civile. Gli oggetti mobiliari, conservati col lavoro dell'operaio, sono divenuti immobili per destinazione o incorporazione. Il privilegio si estingue? La nostra legge decide che cessa, salvo quando si tratta di macchine ed apparecchi impiegati negli stabilimenti industriali. Questa disposizione è un'applicazione del principio: essa prova che il legislatore ha avuto in vista i mobili corporali anzichè i crediti.

459. Gli imbarazzi e le incertezze alle quali conduce l'opinione generale non attestano in favore dell'interpretazione che noi combattiamo. Che cosa significa *conservare* un *diritto?* E di quali spese si può dire che conservano il diritto? Un diritto non minaccia di perire come una macchina se non si ripara. I diritti non periscono che quando non si esercitano; del resto non sono soggetti a deteriorarsi e ad essere distrutti. È stato giudicato che le anticipazioni fatte per la riscossione d'un credito erano spese di conservazione. Nella specie, si trattava d'un credito contro il Governo, e le anticipazioni ammontavano a duecentoventiseimila lire (1). Non si dice quali fossero queste anticipazioni. Le spese di conservazione sono spese necessarie senza le quali la cosa sarebbe perita. Si può ammettere che si debbano spendere duecentoventiseimila lire per riscuotere un credito senza che vi sia stata una lite?

460. Un creditore chiede l'annullamento d'una convenzione e la sentenza fa rientrare i beni alienati nel patrimonio del debitore. La Corte di Bordeaux ha deciso che le spese della causa erano privilegiate quali spese di conservazione, perchè avevano avuto per oggetto la conservazione della cosa *comune* (2). Perchè sia così, bisogna anzitutto supporre che si trattasse di cose mobiliari. Si può dire che una lite giudiziaria conserva un diritto qualsiasi? Il giudice non crea il diritto che forma l'oggetto della lite, egli ne riconosce soltanto l'esistenza e quindi non si può dire che lo conservi. Basta precisare che cosa si deve intendere per spese della causa. Si cita una sentenza della Corte di Parigi (3), che ha considerato gli onorarii pagati all'avvocato come spese di conservazione. Il tribunale della Senna ha giudicato il contrario, per eccellenti ragioni. Si può dire che senza l'arringa dell'avvocato il diritto sarebbe perito? Non si può dirlo come non si può dirlo delle altre spese della causa. E se le spese della causa sono spese di conservazione, non vediamo perchè farebbero eccezione gli onorarii dell'avvocato (4).

---

(1) Cassazione, 13 maggio 1835 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 1069).
(2) Bordeaux, 28 maggio 1832 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 144).
(3) Parigi, 28 gennaio 1843, non riprodotta nelle *Raccolte* (PONT, t. I, p. 113, n. 140).
(4) Cfr. la sentenza del tribunale di Bruxelles, 8 aprile 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 212).

461. Un socio è nominato liquidatore d'una società risolta con sentenza arbitrale, e incaricato di far vendere entro un prestabilito termine lo stabilimento che formava l'oggetto della società. Il mandatario continuò l'esercizio e fece vendere la bottega da fornaio lungo tempo dopo il termine fissato. È stato giudicato che le spese di gestione erano privilegiate perchè avevano conservato il pegno comune dei creditori. Ma sono queste spese necessarie nel senso dell'art. 20? (1). Lo stabilimento consisteva sopratutto nell'andamento. Occorreva una lunga gestione per conservare la clientela? Che cosa impediva ai creditori di far vendere immediatamente la bottega? La gestione non era dunque che un fatto più o meno utile, ma non un atto conservativo.

462. Vi ha un'altra sentenza della Corte di Parigi che si avvicina alla nostra opinione. Un mandatario reclamava il privilegio per le sue anticipazioni siccome quelle che avevano conservato il pegno comune. La Corte respinse siffatte pretese. Queste anticipazioni, dice la sentenza, hanno potuto aiutare il mandante a continuare la sua impresa, e, per conseguenza, ad evitare perdite od a creare benefici, ma gli è così di tutte le anticipazioni e di tutti i prestiti che i creditori fanno ad un commerciante. Non sono spese di conservazione, perchè queste suppongono spese fatte allo scopo di conservare determinate cose quando sono in pericolo di perire, il che esclude le spese che avrebbero per oggetto di migliorarle o di aumentarne il valore. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto (2).

463. Una volta che ci allontaniamo dal senso ristretto che presenta l'espressione *spese di conservazione* o spese necessarie, si finisce coll'estendere all'infinito un privilegio che la legge ha certamente inteso limitare ad un fatto determinato, il fatto di conservare una cosa che minacciava di perire. La Corte di Lione ha considerato il cambio militare come un modo di conservazione del prezzo del cambio che il sostituito s'è obbligato a pagare alla compagnia. Essa ha dato per conseguenza al sostituente un'azione privilegiata per farsi pagare sulla somma dovuta dal sostituito preferibilmente agli altri creditori. Questa interpretazione non ha trovato favore. La decisione venne cassata, e tutti gli autori la criticano. La Corte di cassazione dice benissimo che non si può assimilare ad una *cosa* sia la liberazione dal servizio militare, sia l'obbligazione a questo servizio, nè, d'altra parte, assimilare a spese sia il prezzo stipulato pel cambio, sia la prestazione del servizio fatta in conseguenza del cambio (3). Dunque il testo della legge non

---

(1) Parigi, 16 dicembre 1841 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 309).

(2) Rigetto, 8 gennaio 1839 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 193). Cfr. Liegi, 13 agosto 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 311).

(3) Cassazione, 13 gennaio 1841 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 317).

era applicabile. Si vede che la Corte sta strettamente attaccata alla lettera del codice. Allontanandosene, si riesce necessariamente all'arbitrio.

464. Un altro errore, a nostro avviso, domina nella giurisprudenza. Essa non tien conto del carattere speciale che presenta il privilegio delle spese di conservazione. È una cosa determinata che vien conservata, ed è questa cosa stessa che si trova gravata del privilegio a favore dell'operaio che l'ha conservata col suo lavoro. Ecco il privilegio in tutta la sua semplicità. La giurisprudenza lo estende in modo singolare.

La società detta del *Materiale* delle ferrovie è sciolta: vengono nominati dei liquidatori ed investiti dei poteri più assoluti. Sono fatte varie forniture ai liquidatori, i quali le avevano comandate allo scopo di realizzare contratti conchiusi dalla società prima del suo scioglimento. Più tardi la società fu dichiarata fallita, con effetto retroattivo al giorno dello scioglimento, di modo che la consegna in controversia era stata fatta alla massa. Il credito era privilegiato? Sì, secondo la Corte di Bruxelles, atteso che le forniture erano indispensabili tanto per il compimento dei negozi che delle ordinazioni che importava eseguire nell'interesse della massa fallita. La Corte ne conchiude che queste forniture devono essere considerate come spese fatte per la conservazione dell'*avere comune* dei soci e dei creditori (1). Così *forniture* fatte nell'*interesse comune* dei creditori sono spese fatte per la *conservazione* della cosa. Domanderemo, colla Corte di cassazione di Francia (n. 463), se l'*interesse comune* sia una *cosa* che minaccia di perire e che si conserva. Domanderemo ancora se il privilegio cadrà su questo *interesse* conservato. Sono domande che non hanno senso. In realtà, la Corte ha creato un privilegio che la legge ignora.

465. È a meravigliarsi se davanti ai tribunali si sono prodotte pretese più strane ancora? La giurisprudenza, abbandonando il testo della legge, solo terreno sicuro, specialmente in materia di privilegi, autorizza i reclami più assurdi. Noi chiamiamo così domande di privilegi che non sono fondate sopra alcun testo, che sono anzi in opposizione col testo.

Un industriale ottiene una moratoria d'un anno. Egli fa, coll'autorizzazione dei commissarii, una importante ordinazione di ferro « per completare il suo magazzino ». Poi è dichiarato fallito. I padroni dell'officina domandarono di essere pagati con privilegio, in forza dell'art. 20 n. 4. Essi si fondavano sui motivi che abbiamo sentito (n. 464). Le loro forniture dovevano essere considerate come spese fatte per la conservazione del *pegno comune* dei creditori, perchè, senza queste forniture, il fallito si sarebbe trovato nell'impossibilità di compiere i lavori cominciati, e di tenere il suo magazzino assortito in modo da

(1) Bruxelles, 12 giugno 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 184).

poter soddisfare tutti i clienti. La Corte di Bruxelles non accolse questa domanda, ma i motivi ch'essa dà per respingerla sono erronei al pari di quelli che invocavano gli attori in appoggio delle loro pretese. Perchè le spese siano privilegiate, dice la Corte, bisognerebbe almeno che, senza di queste, la *cosa* avesse dovuto perdere notevolmente del suo valore. Quale è questa cosa? L'*avere* del debitore risponde la Corte (1). No, non è l'*avere*, ma il mobile determinato, per la conservazione del quale la spesa è stata fatta. Dunque la Corte avrebbe dovuto dire, che, nella specie, non si poteva trattare di privilegio, per l'eccellente ragione che il privilegio reclamato dagli attori era immaginario. La natura stessa del privilegio di conservazione e l'intitolazione del paragrafo sotto il quale è posto avrebbe dovuto mettere in guardia la Corte contro l'errore nel quale è caduta. Si tratta di privilegi su *determinati mobili*. Quale è il mobile sul quale s'esercita il privilegio di conservazione? Il mobile conservato, è elementare. Che cosa diviene questo privilegio *speciale* secondo il sistema della Corte? *Tutto l'onere* è conservato, dunque tutto l'onere che è gravato dal privilegio. Così un privilegio speciale diviene generale, e dovrebbe cadere anche sul prezzo degli immobili!

466. Una società domanda di essere ammessa al passivo d'un fallimento come creditrice privilegiata, per aver consegnato carboni che avevano servito all'alimentazione degli stabilimenti industriali eserciti dal fallito. Essa pretese trattarsi di spese di conservazione. L'attrice invocava, in appoggio di questa singolare pretesa, la sentenza della Corte di Bruxelles che abbiamo censurata (n. 464). La domanda fu respinta, e certo doveva esserlo. Quale era la *cosa* che aveva *conservato* la fornitura dei carboni? Gli stabilimenti industriali? Essi sono immobili, e la società reclamava un privilegio mobiliare. Così dice la Corte di Bruxelles, e doveva limitarsi a questo motivo, perchè è perentorio. Quello ch'essa soggiunge suppone che il privilegio di conservazione possa essere esercitato quando l'*avere* del debitore, il valore industriale dei suoi stabilimenti od il valore degli utensili che vi si trovano, è stato preservato da un notevole deterioramento. Rimandiamo la Corte al testo ed alla sentenza di cassazione (n. 463) che l'interpreta. La società attrice pretendeva di aver conservato alle materie prime trasformate in porcellane un valore che avrebbero prontamente *perduto*. A ciò si risponde, e la risposta è semplice e decisiva, che trasformare materie prime non è un lavoro di *conservazione*, ma di *miglioria*. Ora, la legge non accorda privilegi per lavori *utili*, essa non privilegia che le spese *necessarie*. La Corte si limita a dire che il combustibile non entra che per una parte nella fabbricazione. Ma che importa mai? Se la fabbricazione è un lavoro di

(1) Bruxelles, 4 aprile 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 180).

conservazione, la società carbonifera aveva ragione di reclamare un privilegio, salvo agli altri creditori che vi avevano contribuito reclamare egualmente una preferenza. Infine la Corte termina ove avrebbe dovuto cominciare, dicendo che gli attori non provavano che la fabbricazione aveva conservato le materie prime, ed era questo appunto ch'essi avrebbero dovuto dimostrare (1).

467. La legge privilegia le *spese* fatte per la conservazione della cosa, e quindi tutte le spese, tutto il credito. È una nuova differenza fra il privilegio mobiliare dell'art. 20 e il privilegio immobiliare dell'art. 27, n. 5. L'operaio che eseguisce lavori sopra un fondo non ha privilegio che per il maggior valore che le opere danno al fondo, quand'anche fossero spese necessarie, mentre l'operaio che fa un lavoro di conservazione sopra un oggetto mobiliare ha un privilegio per tutto il suo credito, quand'anche la cosa non avesse aumentato di valore. E' l'art. 20 che stabilisce il vero principio, per quanto riguarda le spese necessarie. Se realmente i lavori sono stati necessarii per conservare la cosa, tutta la spesa ha giovato ai creditori, poichè, senza le spese di conservazione, la cosa sarebbe perita, e quindi tutte le spese devono essere privilegiate. E' soltanto per le spese *utili* che si deve tener conto del maggior valore, perchè gli altri creditori non approfittano della spesa, sibbene del maggior valore che ne risulta (2).

468. La legge non esige alcuna condizione perchè il creditore goda del privilegio. Ve n'è però una comune a tutti i privilegi mobiliari, ed è che la cosa gravata dal privilegio sia nelle mani del debitore. S'egli non la possiede più al momento in cui il creditore privilegiato vuole esercitare il suo diritto, questi non ha più privilegio. E' l'applicazione del principio che i mobili non possono essere evitti ipotecariamente (art. 46, codice civile, art. 2119), principio che è esso medesimo una conseguenza della regola fondamentale del diritto francese, secondo la quale, in fatto di mobili, il possesso val titolo. Non si rivendicano gli oggetti mobiliari. A maggior ragione non si può agire contro un terzo possessore in forza d'un semplice diritto reale. La legge deroga a questo principio in favore del locatore; essa non fa eccezione per gli altri privilegi mobiliari (3).

469. Il privilegio perisce dunque quando il debitore aliena la cosa gravata del privilegio di conservazione. Per conseguenza, il creditore non conserva che un semplice credito chirografario. Qui si presentano seriissime difficoltà. Se la cosa è alienata, ma non ne sia stata fatta la consegna al compratore, il creditore privilegiato conserva il suo privilegio? E se la cosa venduta è

---

(1) Bruxelles, 11 aprile 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 206).
(2) DURANTON, t. XIX, p. 160, n. 114.
(3) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 132, n. 456.

consegnata al compratore, ma non ne sia pagato il prezzo, il creditore privilegiato può esercitare il suo diritto sul prezzo? Queste quistioni sono controverse (1). Le esamineremo trattando del privilegio del venditore.

470. Il privilegio delle spese di conservazione si estingue quando la cosa mobiliare che ne è gravata sia divenuta immobile per destinazione o per incorporazione? La quistione si presenta anche pel privilegio del venditore. Vi ritorneremo parlando di questo privilegio.

§ IV. — *Del prezzo di effetti mobiliari non pagati.*

471. Quando il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare la risoluzione della vendita. È l'applicazione del principio della condizione risolutiva tacita (art. 1184). Ne abbiamo trattato al titolo della *Vendita.*

La legge accorda anche un'altra garanzia al venditore. Egli può esigere il pagamento del prezzo, con privilegio e preferenza sugli altri creditori.

Il diritto di risoluzione e il privilegio suppongono che il compratore sia ancora in possesso della cosa. Se l'ha rivenduta, il primo venditore non può chiedere la risoluzione contro il terzo acquirente, come non può esercitare il suo privilegio contro il terzo possessore. Ne consegue che il venditore d'un oggetto mobiliare è sempre in pericolo di perdere la cosa e il prezzo. La legge viene in suo soccorso accordandogli il diritto di rivendicare, vale a dire di sequestrare la cosa nelle mani del compratore per impedirgli di rivenderla. Cominceremo ad esporre i principii che reggono il privilegio del venditore, poi discorreremo del diritto di rivendicazione e della modificazione che la nuova legge ha apportato al diritto di risoluzione.

N. 1. — Del privilegio del venditore.

472. La legge accorda un privilegio al venditore pel prezzo d'effetti mobiliari non pagati (art. 20, n. 5, codice civile, articolo 2102, 4.°). Quale è il motivo di questo privilegio? Grenier, relatore del Tribunato, risponde che il credito del venditore è privilegiato, perchè, senza la vendita, la cosa ceduta non sarebbe diventata il pegno degli altri creditori. Se essa si trova nel patrimonio del debitore, è in conseguenza della vendita. In questo senso, la vendita giova agli altri creditori, e quindi è

(1) Vedi, in senso diverso, MARTOU, t. II, p. 132, n. 456, e AUBRY e RAU, t. III, p. 152, nota 55, § 261.

giusto ch'essi paghino il prezzo della cosa, vale a dire che eseguiscano le obbligazioni sorte dal contratto che procura loro la cosa di cui approfittano. Sarebbe iniquo ch'essi s'arricchissero della cosa senza pagarne il prezzo, quando essa non diviene il loro pegno che in forza del prezzo che il debitore s'è obbligato di pagare (1).

Si dà generalmente un'altra ragione del privilegio che la legge accorda al venditore, cioè che fino al pagamento del prezzo il venditore conserva un diritto reale sulla cosa venduta (2). Quale è questo diritto reale? Non potrebbe essere che il diritto di proprietà. Non essendosi il venditore spogliato del suo diritto di proprietà che sotto la condizione del pagamento del prezzo, si può dire, in teoria almeno, ch'egli resta proprietario finchè il prezzo non sia pagato. Era questa la dottrina romana. Nell'antico diritto se ne conchiudeva che il venditore non soddisfatto, il quale consegnava ciò non ostante la cosa, non aveva fatto una alienazione completa, poichè aveva *ritenuto* un *diritto reale*, vale a dire un diritto di prelazione. Era una falsa dottrina. Se la vendita non è perfetta finchè il prezzo non fu pagato, bisogna dire che il venditore ritiene più che un diritto reale, che resta proprietario, e che come tale può rivendicare la sua cosa, il che rende inutile il privilegio, essendo il diritto di proprietà ben più forte che un semplice diritto reale. In ogni caso, questa dottrina non è ammissibile in diritto moderno. La proprietà si trasferisce pel solo effetto del contratto, senza che sia pagato il prezzo, anzi senza che sia fatta la tradizione, e quindi non può parlarsi di rivendicare la cosa venduta. Quanto al preteso diritto reale che il venditore si riserva, non può essere, secondo i nostri principii, che un diritto di privilegio. Ora, i privilegi non si *riservano*, essi si stabiliscono in forza della legge. Bisogna dunque lasciar da parte una spiegazione che, in realtà, non spiega nulla.

473. La legge accorda il privilegio per il prezzo d'effetti mobiliari non pagati, senza nominare il contratto dal quale deriva il credito nè il creditore che vi ha diritto. E' il credito che gode d'un diritto di prelazione, non il creditore. Il credito e, per conseguenza, il privilegio che vi è inerente spettano ad ogni venditore d'un effetto mobiliare che ha diritto ad un prezzo. Bisogna che vi sia una vendita: è questa la causa del privilegio. Il trasferimento della proprietà fa entrare la cosa venduta nel patrimonio del debitore comune, ed è a questo titolo che la legge privilegia il credito del prezzo. Può esservi vendita senza che sia pronunciata la parola *vendita*, senza che si tratti di venditore nè di compratore. Tali sono i casi in cui la stima data ad una cosa che deve essere restituita da colui al quale viene con-

---

(1) GRENIER, *Relazione*, n. 17 (LOCRÉ, t. VIII, p. 258).
(2) MARTOU, t. II, p. 138, n. 464. VALETTE, p. 104, n. 84.

segnata è considerata come una vendita. Abbiamo detto altrove quando la stima equivalga alla vendita. Il codice ne contiene un notevole esempio al capo del *Regime dotale*. Se la dote consiste in oggetti mobiliari, stimati nel contratto di matrimonio, senza dichiarazione che la stima non vale vendita, il marito ne diviene *proprietario*, e non è debitore che del *prezzo* dato ai mobili (art. 1151). La moglie dotale ha dunque il credito d'un prezzo, in forza d'una convenzione che la legge assimila ad una vendita. Ora, ogni credito d'un prezzo di vendita è privilegiato, e quindi la moglie gode d'un privilegio per la restituzione della sua dote mobiliare sui mobili dotali, poichè la restituzione si fa sotto forma di pagamento d'un prezzo. La Corte di Montpellier ha giudicato così, e non vi ha dubbio (1).

474. La legge attribuisce il privilegio per il prezzo d'*effetti mobiliari*. Diremo più avanti che anche il venditore d'un immobile gode d'un privilegio pel pagamento del prezzo, di modo che il principio sarebbe che ogni vendita è garantita da un privilegio; cosa questa che sarebbe molto logica, poichè ogni vendita mette la cosa venduta nel patrimonio del debitore comune. La ragione del privilegio è generale, e quindi anche il privilegio deve essere generale. Vi hanno però gravi motivi di dubitare su questo punto. Per effetti mobiliari si deve intendere ogni sorta di mobili, tanto i crediti quanto i mobili corporali? Nella dottrina e nella giurisprudenza è prevalsa l'affermativa. Noi crediamo che l'opinione generale sia contraria ai principii della materia. Vi ha, in fatto di privilegi, una regola d'interpretazione che è fondamentale, cioè ch'essi sono di stretto diritto. Non esiste privilegio senza testo, ed ogni testo riguardante i privilegi è limitativo, poichè deve essere interpretato restrittivamente. Ebbene, i testi che stabiliscono il privilegio del venditore, come gli altri privilegi mobiliari, implicano che si tratta di mobili corporali. Tale è anzitutto l'intitolazione del paragrafo: *Dei privilegi su determinati mobili*. L'espressione *determinati mobili* importa l'idea d'un privilegio che grava determinati oggetti corporali. Tale è, senza dubbio ancora, il significato della parola *mobili* nel n. 1 dell'art. 20. I mobili incorporali non guarniscono i luoghi locati e non sono gravati del privilegio del locatore. E' lo stesso del privilegio delle sementi e della coltivazione, che cade sulla raccolta e sugli utensili. Il privilegio del creditore pignoratizio è il solo che possa essere stabilito su crediti (art. 2075), ma la legge lo dice formalmente, e questo privilegio differisce da tutti gli altri in quanto è convenzionale. Fu chiamato anche un'ipoteca mobiliare. Riguardo alle spese fatte per la conservazione della cosa, abbiamo sostenuto che si tratta d'una cosa corporale (n. 458 e seg.). Viene dopo il privilegio del venditore. La legge esige che gli effetti siano ancora in *possesso* del debitore.

---

(1) Montpellier, 26 giugno 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 173).

Può applicarsi questa disposizione ai crediti? Si può senza dubbio possedere un credito, ma la legge determina condizioni speciali per possederlo a riguardo dei terzi (art. 2090). Così il privilegio del creditore pignoratizio sopra un credito è subordinato a regole speciali (art. 2075). Se il legislatore avesse inteso accordare un privilegio al venditore d'un credito, non avrebbe determinato, come ha fatto pel creditore pignoratizio, le condizioni del possesso del compratore? La legge decide poi che il privilegio del venditore s'estingue quando gli *oggetti mobiliari* sono divenuti immobili per destinazione od incorporazione, il che implica di nuovo che il privilegio cade su mobili corporali. Infine, parlando della rivendicazione, la legge esige che la cosa venduta si trovi nello stesso *stato* che al momento della consegna. Ecco una condizione che non ha senso quando si tratta d'un mobile incorporale. Essa prova che la legge suppone sempre che si tratti d'un mobile corporale. Si può, malgrado i termini restrittivi della legge, estendere ai mobili incorporali un testo le cui espressioni suppongono tutte mobili corporali? No, se si vuole restar fedeli ai principii. Quello che ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a dare alla legge una interpretazione estensiva si è che, presa alla lettera, sarebbe ingiusta. Il venditore d'un credito non mette questo credito nel patrimonio del debitore comune? Gli altri creditori non s'arricchiscono della vendita? E si può permettere che s'arricchiscano a spese del venditore? Gli autori del codice hanno limitato il privilegio alla vendita di mobili corporali, se si sta ai termini della legge, ma questa restrizione non ha ragion d'essere. Ecco perchè la dottrina e la giurisprudenza si sono allontanate dal testo, ma allontanandosi da testo, si è disconosciuto il principio che governa i privilegi (1).

La Corte di cassazione è, in apparenza, fedele a questo principio. Essa si fonda su testi. L'art. 2102 (legge ip. art. 20) accorda il privilegio al venditore d'*effetti mobiliari*. Ora, l'art. 535 dice che l'espressione *effetti mobiliari* comprende generalmente tutto ciò che è *ritenuto mobile*, per conseguenza comprende i diritti ed i crediti che sono mobili per determinazione della legge (art. 529) (2). L'argomentazione pare decisiva, e lo sarebbe se la definizione dell'art. 535 avesse un valore pratico. Ma si sa che le disposizioni degli articoli 533-535 sono puramente teoriche e che il legislatore stesso non ne ha tenuto alcun conto. L'argo-

(1) PERSIL, *Regime ipotecario*, art. 2102, § IV, n. 4 (t. I, p. 142), *Questioni*, t. I, c. III, § V. Vi sono due sentenze della Corte di Parigi in favore della nostra opinione (DALLOZ, v. *Priviléges*, nn. 334 e 335). MOURLON l'ha riprodotta nel suo *Esame critico*, t. I, p. 328, n. 123, ma la nostra opinione è rimasta isolata nella dottrina (AUBRY e RAU, t. III, p. 153, note 57-60; PONT, t. I. p. 120, n. 147), e nella giurisprudenza (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 338).

(2) Cassazione, 28 novembre 1827, e rigetto, 2 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 338).

mento che pare così forte è dunque, in realtà, debolissimo. Non insisteremo, perchè anche questa discussione è puramente teorica. L'opinione generale è formata, e noi non abbiamo la pretesa di modificarla.

475. Quale è il credito privilegiato? Il *prezzo* non soddisfatto. Sono sorte difficoltà sul senso della parola *prezzo* quando si tratta di vendite immobiliari. Vi ritorneremo trattando dei privilegi sugli immobili. Nelle vendite mobiliari il prezzo non consiste che in una somma di denaro, ed è questo credito che gode del privilegio. Quando il venditore chiede il pagamento del prezzo nelle vie giudiziali, le spese e i danni ed interessi ai quali il compratore sarà condannato saranno privilegiati? No, perchè queste condanne non costituiscono il prezzo, il che è decisivo. E' lo stesso della pena che fosse stipulata? Se la pena non comprende che danni ed interessi, il venditore avrà il suo privilegio per il prezzo, senza poter pretenderlo per la pena, la quale rappresenta, in questo caso, i danni ed interessi giudiziali. Ma se la pena comprende il capitale e i danni ed interessi, il solo capitale sarà privilegiato (1).

476. La novazione dà luogo a difficoltà più serie. Avviene sovente che il venditore accetti in pagamento biglietti sottoscritti dal compratore. Questa accettazione opera novazione? Grenier e Persil ammettevano che vi era novazione e che, per conseguenza, il privilegio era estinto. Martou avverte che questa opinione è abbandonata da lungo tempo (2). Sì, in quanto ha d'assoluto, ma non è a dire che non vi sia mai novazione quando il prezzo è regolato in valori negoziabili. Rimandiamo a quanto osservammo su questa difficile materia, al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVIII, nn. 283-293).

477. L'art. 20 dispone che il venditore ha diritto al privilegio, abbia il compratore acquistato a termine o senza termine. Non vi ha alcuna ragione per fare una differenza fra la vendita a termine e la vendita senza termine. Dal momento che il prezzo è dovuto vi ha privilegio, perchè la causa del privilegio esiste, essendo la proprietà trasferita al compratore, senza distinguere se vi sia un termine o no, e dal momento che la vendita mette la cosa nel patrimonio del debitore è giusto che il venditore goda del privilegio. È così evidente che non si comprende perchè la legge aggiunga queste parole « *sia ch'egli* (il debitore) *abbia comperato a termine o senza termine* ». Gli è perchè la legge fa una differenza fra il privilegio e la rivendicazione. Questa non è permessa che quando la vendita fu fatta senza termine, mentre pel privilegio la legge non ammette tale distinzione. Diremo più avanti perchè la rivendicazione non sia ammessa che nelle vendite senza termine. I motivi, di ben poco conto, non sono

(1) PERSIL, *Regime ipotecario*, t. I, p. 143, art. 2012, § IV, n. 4.
(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 140, n. 470.

applicabili al privilegio. La preferenza è attribuita alla qualità del credito. Dunque, dal momento che vi ha credito del prezzo, il creditore deve avere il privilegio, poco importa che abbia o non abbia accordato un termine.

478. La legge esige, come condizione d'esistenza del privilegio, che gli effetti mobiliari siano ancora in possesso del debitore, vale a dire del compratore. È l'applicazione del diritto comune in materia di privilegi mobiliari (n. 468). Se il debitore cessa di possedere la cosa, la ragione del privilegio vien meno, poichè la cosa non giova più agli altri creditori, e, d'altra parte, il creditore non può seguire la cosa nelle mani del terzo possessore, non potendo i mobili essere evitti (art. 46, codice civile, art. 2119).

Dicendo che il venditore ha un privilegio sul prezzo degli effetti mobiliari di cui non ha ricevuto il prezzo, se questi effetti si trovano ancora in possesso del debitore, la legge non fa dunque che applicare al venditore privilegiato un principio generale applicabile a tutti i privilegi, cioè che il venditore non può seguire i mobili gravati del suo privilegio nelle mani dei terzi: egli non ha il diritto di evizione. La legge lo accorda per eccezione al locatore, non lo accorda al venditore, e non poteva farlo, perchè questa derogazione al diritto comune avrebbe gettato il turbamento nelle relazioni civili. Gli acquisti si fanno sovente per rivendere gli oggetti acquistati. Bisogna che il compratore sia al coperto da ogni azione di rivendicazione, altrimenti il commercio diverrebbe impossibile, poichè nessuno potrebbe più comperare con sicurezza. Il terzo acquirente è al coperto dalla rivendicazione del proprietario in forza della massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Egli deve, a maggior ragione, essere garantito contro l'azione che un creditore volesse esercitare contro di lui per far valere un semplice diritto reale. È a questo scopo che la legge rifiuta ogni evizione ai diritti mobiliari (art. 46, codice civile, art. 2119).

Ma la legge, ricusando al venditore il diritto di evizione, non intende dire ch'egli conservi il suo privilegio fino a che il compratore possiede la cosa venduta. E' certo che il testo non dispone così. L'art. 20, che esige il possesso del debitore come condizione dell'esercizio del privilegio, ha inteso limitare il privilegio, nel senso ch'esso non può essere esercitato contro un terzo possessore, ma il legislatore non ha detto che il venditore possa agire contro il compratore finchè questi non abbia la detenzione della cosa. E' una questione ben diversa che esamineremo. Importa constatare che la quistione non è troncata dal testo dell'art. 20. La legge non la prevede: bisogna quindi deciderla secondo i principii generali di diritto.

479. Ecco la difficoltà. Il compratore rivende la cosa, ma senza consegnarla al terzo acquirente. Egli ne conserva dunque il possesso, nel senso largo della parola, poichè detiene la cosa. Si domanda se il venditore può esercitare il privilegio sugli ef-

fetti mobiliari rivenduti, ma non consegnati. L'opinione comune è ch'egli conservi il privilegio, ma noi crediamo che non possa più farlo valere. La ragione si è che il motivo pel quale la legge accorda il privilegio al venditore viene a cessare. Il credito del venditore cessa d'avere una qualità preferibile a quella degli altri crediti, e quindi non può più essere privilegiato a loro riguardo. Infatti, se il credito del prezzo è privilegiato, ciò accade perchè gli altri creditori del debitore profittano della cosa venduta che arricchisce il patrimonio del compratore, loro debitore comune. Ciò suppone che il debitore sia proprietario della cosa e ch'essa si trovi nel suo patrimonio. Ora, egli ha rivenduto la cosa, e, pel solo fatto della rivendita, la cosa esce dal suo patrimonio per entrare in quello del subacquirente. Dunque i creditori del debitore non approfittano più della cosa venduta, e quindi sarebbe contrario ad ogni giustizia e ad ogni principio che il venditore fosse preferito a loro riguardo. Il venditore non rende loro più alcun servizio, e quindi il suo credito non ha più la qualità che lo rendeva preferibile: egli non è più che un semplice creditore chirografario; il suo privilegio è estinto colla causa che lo aveva fatto nascere.

Si obbietta che il compratore, il debitore comune, è sempre in possesso, il che basta, si dice, perchè il privilegio sussista. L'obbiezione si fonda sopra una falsa interpretazione del testo, e disconosce tanto i principii che reggono il trasferimento della proprietà quanto i principii che governano i privilegi. Abbiamo gia provato (n. 478) che l'art. 20 (codice civile, art. 2102) non dice che il venditore conserva il suo privilegio finchè il compratore possieda. La legge dispone che il privilegio vien meno quando il compratore cessa di possedere; donde segue che il privilegio sussiste finchè il compratore continua, non a possedere, ma a detenere la cosa. Argomentare così è prevalersi d'una disposizione che restringe il privilegio rifiutandogli il diritto di evizione per estenderlo ad un caso pel quale la legge non l'ha stabilito. Infatti, la legge non accorda il privilegio al venditore per il *possesso* del compratore, essa glielo dà perchè, colla vendita, la cosa venduta è entrata nel dominio del compratore e, per conseguenza, è divenuta il pegno dei suoi creditori. E' dunque perchè il compratore, il debitore comune, è proprietario della cosa venduta che il venditore è preferito agli altri creditori che esercitano il loro diritto su questa cosa, non perchè il compratore la possiede, per meglio dire, la detiene, giacchè egli non la possiede più, ma la detiene soltanto in nome del subacquirente. Il possesso è, per conseguenza, indifferente. Attenersi al possesso del compratore che ha rivenduto per conchiuderne che il compratore si ritiene ancora proprietario e per indurne che il privilegio del venditore sussiste contro i creditori del compratore, è dimenticare i principii che reggono il trasferimento della proprietà nel diritto moderno. La proprietà si trasferisce, non colla tradizione, ma per effetto del contratto. Dal momento che la ri-

vendita consentita dal compratore è perfetta col consenso delle parti contraenti, il compratore cessa d'essere proprietario, la cosa esce dal suo dominio, i creditori non vi hanno più alcun diritto, e quindi non possono essere posposti al venditore per una cosa che non forma più il loro pegno.

Si obbietterà che la ragione del privilegio sussiste malgrado la rivendita, perchè i creditori approfittano del prezzo o del diritto al prezzo? E' controversa anche la questione di sapere che cosa diventa il privilegio quando è ancora dovuto il prezzo della cosa rivenduta dal compratore. Vi ritorneremo. Pel momento noi supponiamo che il prezzo sia pagato. E' esatto il dire che, in questa ipotesi, la prima vendita giova alla massa? La massa non ne approfitterebbe se non quando fosse provato che il prezzo esiste ancora nel dominio del debitore, che ha rivenduto la cosa e che se n'è arricchito ricevendo il prezzo. La legge avrebbe potuto, in questa ipotesi, accordare un privilegio al venditore, ma essa non entra in queste distinzioni, ed accorda un privilegio sulla cosa venduta, il che implica che questa è ancora nel patrimonio del debitore. Ora, essa non vi è legalmente che quando il debitore la possiede ancora, o non sia pagato il prezzo. Fuori di questi casi, la cosa non esiste più. Sarebbe stato necessario che il prezzo fosse surrogato alla cosa perchè il creditore privilegiato conservasse il suo privilegio. Ora, la legge non stabilisce questa surrogazione, e non è permesso all'interprete estendere i privilegi.

Si fa un'obbiezione più speciosa. Noi abbiamo insegnato che il locatore conserva il suo privilegio, malgrado la vendita che il conduttore ha fatto della cosa, se questi è rimasto in possesso della cosa venduta. Se il possesso del conduttore (n. 436) conserva il privilegio del locatore, benchè il conduttore abbia alienato la cosa, dev'essere lo stesso, si dice, di ogni altro privilegio, poichè la ragione di decidere è la stessa. Ogni privilegio è inerente al possesso della cosa da parte del debitore e non cessa che con questo possesso. Rispondiamo che il privilegio del locatore è fondato sopra un pegno tacito che il debitore o la legge gli ha conferito sulla cosa che gli serve di pegno. Ora, sta il principio che il creditore pignoratizio conserva il suo privilegio finchè possiede la cosa. Quand'anche il debitore l'alienasse, il compratore non potrebbe rivendicare la cosa contro il creditore pignoratizio. La cosa ch'egli acquista è gravata d'un privilegio a vantaggio del locatore, privilegio che dà a costui il diritto di evizione. Che importa dunque che il conduttore alieni? Egli non può alienare la cosa che è gravata del privilegio del locatore. Accade tutto all'opposto del privilegio del venditore. Questi non ha il diritto di evizione e quindi il suo privilegio non ha effetto che a riguardo del compratore. Dal momento che il compratore cessa d'essere proprietario rivendendo la cosa, il privilegio vien meno (1).

(1) È l'opinione d'AUBRY e RAU, t. III, p. 153, nota 62, § 261. Essa è assoluta.

480. Supponiamo ora che la cosa sia rivenduta, ma che resti dovuto il prezzo al momento in cui il venditore reclama il privilegio. Potrà egli esercitarlo sul prezzo? La questione è molto controversa. Secondo l'opinione generalmente seguita, il venditore non può esercitare il suo privilegio sul prezzo (1). A nostro avviso, l'opinione contraria è più conforme ai veri principii. Noi ci fondiamo ancora sui motivi che hanno fatto stabilire il privilegio del venditore e che lo legittimano. Egli mette la cosa venduta nel patrimonio del debitore comune. In questo senso, egli arricchisce i creditori, poichè la cosa venduta diviene il loro pegno. Il suo credito pel prezzo dev'essere più favorito che il diritto dei creditori chirografarii sulla cosa venduta, non permettendo la giustizia che costoro approfittino della cosa senza eseguire il contratto che l'ha procurata loro (art. 206). Questi motivi si applicano, alla lettera, quando la cosa è rivenduta e il venditore primitivo chiede di essere collocato sul prezzo, preferibilmente agli altri creditori. Costoro approfittano, infatti, della cosa, perchè esercitano il loro diritto sul prezzo che resta dovuto e che è nel patrimonio del loro debitore. Esercitando il loro diritto di pegno sul prezzo di rivendita, è giusto che siano posposti sul prezzo al venditore primitivo, poichè è a lui ed al suo credito ch'essi devono il prezzo che è divenuto il loro pegno.

Le obbiezioni non mancano e sono serie. Abbiamo detto che il privilegio del venditore cessa quando il debitore ha alienato la cosa, quand'anche non l'avesse consegnata. Se il venditore non ha più privilegio, con qual diritto domanderebbe di essere collocato con preferenza sul prezzo di rivendita? La risposta si trova nel principio stesso che si invoca contro di noi. Perchè il privilegio del venditore non può più essere esercitato quando il compratore ha rivenduto la cosa? Perchè in questo caso la massa non approfitta della vendita e non è giusto ch'essa sopporti un privilegio il quale non è accordato al venditore che per la ragione che la vendita giova alla massa. Questo implica che il prezzo è stato pagato al venditore, e quindi la vendita non giova più agli altri creditori, nè per la cosa venduta, nè per il prezzo. Accade tutto all'opposto nel caso in cui il prezzo di rivendita resta dovuto al debitore. Il diritto al prezzo si trova nella massa; esso ne aumenta l'attivo, i creditori se ne arricchiscono. Dunque i motivi pei quali la legge privilegia il credito del venditore sussistono; donde concludiamo che anche il privilegio deve sussistere.

Lo spirito della legge è certamente in favore della nostra opi-

---

Vedi, in senso contrario, MARTOU (t. II, p. 141, n. 474); PONT (t. I, p. 129, numero 151) e tutti gli autori.

(1) MARTOU, t. II, p. 141, n. 475; VALETTE, p. 107, n. 86; PERSIL, *Regime ipotecario*, art. 2102, § IV, n. 1 (t. I, p. 140).

nione. Rimane a sapere se il testo non vi sia contrario. Si pretende di sì. Il privilegio, si dice, si esercita sugli effetti mobiliari se sono ancora in possesso del debitore. Ora, gli effetti rivenduti non si trovano più nel patrimonio del debitore. Dunque il privilegio manca di base; non vi ha più oggetto sul quale possa esercitarsi. Esso s'estingue, per conseguenza, come ogni diritto reale, quando la cosa che ne è colpita non esiste più, e, nella specie, essa non esiste più a riguardo del creditore privilegiato, poichè costui non può seguire la cosa nelle mani del terzo acquirente. Perchè egli potesse esercitare il suo privilegio sul diritto al prezzo, bisognerebbe che la legge avesse surrogato il prezzo alla cosa. L'obbiezione non tien conto della natura del privilegio. In qual senso il privilegio colpisce la cosa venduta? Non è sulla cosa ch'esso si esercita, ma sul prezzo. Accade così di ogni privilegio. La legge lo dice espressamente del privilegio ch'essa accorda al credito del locatore. Esso si esercita *sul prezzo* di tutto ciò che guernisce la cosa locata o il fondo. Così il privilegio non cade sulla cosa che per colpire il prezzo. Poco importa, per conseguenza, che la cosa non si trovi più nel patrimonio del debitore; purchè vi sia il prezzo, il privilegio esiste. Non bisogna dunque dire, come fa la Corte di Nancy, che la preferenza sul prezzo non è che un effetto del diritto sulla cosa, e che non è più possibile alcuna prelazione sul prezzo quando è svanito il diritto sulla cosa non essendovi effetto senza causa (1). In tal modo si separano due diritti che non ne formano che un solo quando si tratta del concorso dei creditori, e bisogna appunto supporre che vi sia concorso perchè possa essere questione di privilegio. Ora, quando i creditori concorrono, essi cominciano col realizzare l'avere del debitore e lo convertono in denaro. Se il debitore stesso avesse venduto i suoi beni e ne fosse dovuto il prezzo, eserciterebbero il loro diritto su questo prezzo, i creditori privilegiati con preferenza, i creditori chirografarii per contributo. Dev'essere lo stesso quando il debitore ha alienato un oggetto gravato d'un privilegio. Il diritto al prezzo si trova nel suo patrimonio; i creditori chirografarii, è incontestabile, esercitano i loro diritti su questo credito, e quindi devono subire la preferenza del creditore privilegiato che lo ha procurato loro.

Si muove un'altra obbiezione (2). Quando i mobili del debitore sono stati venduti pubblicamente ed all'incanto dal sindaco d'un fallimento, da un erede benefiziato o da un curatore, si conviene che i creditori chirografarii devono subire il privilegio del venditore. Essi sono sotto l'impero del diritto comune, poichè anche il loro diritto si esercita mercè il sequestro e la pubblica vendita. Ma se vende l'istesso debitore, i suoi creditori non go-

(1) Nancy, 2 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 122).
(2) VALETTE, *Privilegi*, p. 107 e seg., n. 86.

dono più della garanzia che offrono la pubblicità e l'affluenza di coloro che offrono all'incanto. L'obbiezione è d'una debolezza estrema ed attesta, in fondo, a favore della nostra opinione. Il prezzo più o meno elevato pel quale la cosa è venduta è un puro accidente. Se il prezzo d'una vendita fatta amichevolmente è talvolta minore, può essere anche più elevato di quello che si ottiene all'incanto. Ma che importa? Si tratta di sapere se il prezzo, qualunque esso sia, formi oggetto del privilegio, come è il pegno dei creditori chirografarii. Se si risponde affermativamente nel caso in cui gli effetti mobiliari sono venduti all'incanto, si confessa con ciò che il prezzo sostituisce la cosa. E la confessione è decisiva contro l'opinione che noi combattiamo, perchè se il venditore può esercitare il suo privilegio sul prezzo della cosa venduta all'incanto, ciò prova che la vendita non gli toglie il suo diritto, e che fra creditori il prezzo tien luogo della cosa. Quindi non vi ha più ragione per rifiutare al venditore d'agire sul prezzo che proviene da una vendita volontaria.

Quello che ha ingannato i fautori dell'opinione contraria si è che il privilegio del venditore non può più essere esercitato quando il debitore ha alienato la cosa e ne sia stato pagato il prezzo. Essi ne hanno conchiuso che l'alienazione estingue il privilegio, e che, per conseguenza, non può più trattarsi di esercitarlo sul prezzo. Senza dubbio l'alienazione estingue il privilegio, nel senso che il creditore privilegiato non può più agire contro il terzo possessore; egli non ha il diritto di evizione, ma, nella specie, il venditore non esercita alcun diritto di evizione, la rivendita sussiste, il terzo acquirente non è evitto. Soltanto invece di pagare il prezzo al suo autore, ossia al debitore, i cui beni sono distribuiti ai creditori, lo paga a questi, e per ordine, poichè si presenta un creditore privilegiato. La questione è dunque esclusivamente fra i creditori: il terzo non è in causa, come non lo è, per conseguenza, il diritto di evizione. Il venditore non esercita il suo privilegio contro il subacquirente, lo esercita contro i creditori del compratore. Ora, questi non possono dirgli che il suo privilegio sulla cosa è estinto colla vendita, perchè, malgrado la vendita, essi esercitano il loro diritto sul prezzo, e se il prezzo è il loro pegno, deve essere pure il pegno del venditore, salvo che a suo riguardo è un pegno privilegiato (1).

481. Si è domandato se le parti potranno derogare ai principii che reggono i diritti del creditore privilegiato a riguardo dei terzi. Vi ha, sulla questione, un'eccellente sentenza della Corte suprema pronunciata sovra relazione di Laborie. Un atto di vendita recava che il venditore avrebbe potuto far va-

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 154, nota 63, § 261; MOURLON, *Esame critico*, t. I, p. 311, n. 119; PONT, t. I, p. 124, n. 149. Cfr. Parigi, 8 febbraio 1834 (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 338, 1.°); Bruxelles, 3 giugno 1818 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 161).

lere il suo privilegio anche contro i cessionarii del compratore. Questi sostennero che la clausola era nulla e non poteva essere loro opposta. Si trattava della vendita d'un taglio di boschi. Gli acquirenti potevano carbonizzare le legna sul posto. Il venditore stipulava che avrebbe avuto diritto d'agire in solido contro gli acquirenti e simultaneamente contro tutti i cessionarii. Egli si riservava ogni privilegio sulle legna vendute, ed anche la facoltà di ritenere, ovunque si trovassero, quei legnami che fossero già stati usati e lavorati. Inoltre gli acquirenti prendevano l'impegno, se cedevano il loro contratto a terzi, d'imporre a questi ultimi le condizioni risultanti dalla vendita. Il taglio fu cominciato dagli acquirenti, poi continuato da un imprenditore, cui gli acquirenti avevano rivenduto le legne. Essendo questi falliti, il venditore volle esercitare il privilegio sui legnami lavorati o da ardere non ancora trasportati. Egli citò gli acquirenti e i subacquirenti. La sua domanda fu accolta dalla Corte di Limoges. Sul ricorso, intervenne una sentenza di cassazione.

La Corte comincia col ricordare il principio che il diritto di privilegio è subordinato a condizioni legali alle quali non può derogarsi nè supplirsi mediante stipulazioni particolari. Noi abbiamo stabilito questo principio esponendo le nozioni generali sui privilegi (n. 176). Ora, la legge attribuisce il privilegio al venditore soltanto a condizione che gli effetti siano ancora in possesso del debitore. Nella specie, il subacquirente aveva offerto di provare di aver preso possesso delle legne per mezzo dei suoi operai, sia trasportando alla propria officina le legne già convertite in carbone, sia disponendo quelle che dovevano subire la stessa trasformazione sul posto all'uopo destinato. Invece d'accogliere questa prova che era decisiva, la Corte di Limoges applicò al terzo acquirente la clausola dell'atto di vendita che permetteva al venditore d' agire contro il cessionario degli acquirenti. Ma era violare la legge, la quale dichiara che il privilegio non può essere esercitato contro un terzo possessore. Per accordare azione al venditore contro il subacquirente, sarebbe stata necessaria una convenzione espressa la quale surrogasse il terzo acquirente in tutte le obbligazioni degli acquirenti stessi verso il venditore. Ora, il terzo non si era obbligato verso il venditore. Con qual diritto dunque la sentenza impugnata dava azione al venditore contro di lui? Egli invocava la clausola secondo la quale l'acquirente, cedendo il suo contratto, doveva imporre al subacquirente le condizioni della vendita primitiva. Ma questa clausola non obbligava il terzo, e non risultava neppure che costui ne avesse avuto conoscenza. Quand'anche l'avesse conosciuta, una convenzione alla quale egli era estraneo non poteva avere alcun effetto a di lui riguardo, nessuno potendo essere obbligato senza il proprio consenso (1).

(1) Cassazione, 4 agosto 1852 (Dalloz, 1852, 1, 297).

482. Il venditore conserva il privilegio se i compratori costituiscono fra loro una società per l'esercizio del fondo di commercio che forma l'oggetto della vendita? Fu giudicato che il privilegio del venditore sussisteva, poichè i compratori non avevano cessato d'essere in possesso della cosa venduta(1). Il motivo di decidere non è perentorio (n. 479).

La questione sta nel sapere se il conferimento in società della cosa venduta implica un'alienazione a vantaggio d'un terzo. Secondo l'opinione generalmente ammessa, la società è una persona civile. È dunque essa la proprietaria, e, per conseguenza, bisognerebbe decidere che, avendo i compratori trasmesso la proprietà della cosa venduta ad un terzo, il privilegio del venditore è estinto. La difficoltà non venne sollevata davanti la Corte. Secondo la nostra opinione, la soluzione non è dubbia. La società sono i soci. Continuando questi a essere proprietarii ed a possedere, il venditore si trova nelle condizioni volute dalla legge per esercitare il suo privilegio.

483. Il venditore perde il privilegio quando il compratore dà il suo mobile in pegno? A nostro avviso, lo conserva. È certo che il compratore resta proprietario della cosa che dà in pegno al suo creditore, ed è altrettanto certo ch'egli conserva anche il possesso della cosa, perchè possiede, come dice Valette, dal punto di vista della cosa che ha conservata, come il creditore pignoratizio possiede dal punto di vista del suo diritto di pegno. Dunque il venditore si trova nelle condizioni volute dalla legge per l'esercizio del suo privilegio. Ma siccome ha un privilegio anche il creditore pignoratizio, vi ha conflitto fra due creditori privilegiati. Chi prevarrà sull'altro? L'articolo 23 della nostra legge risponde alla domanda, e conferma quanto abbiamo detto, perchè implica che il venditore conserva il privilegio. Crediamo inutile entrare nella controversia che Troplong ha sollevata sulla nostra questione. I lettori che vorranno farsi un'idea del modo accademico dell'autore non hanno che leggere quello ch'egli dice del possesso del creditore pignoratizio e del compratore, come la confutazione che ne ha fatto Mourlon nel suo esame critico (2). La censura è talvolta viva, ma il più spesso è meritata perchè l'autore si compiace tanto nelle sue frasi d'accademico che finisce col prenderle per argomenti di diritto. Questo diciamo all'indirizzo dei nostri giovani lettori!

484. Il venditore può trovarsi in conflitto anche col locatore. Chi prevarrà? La nostra legge decide la difficoltà. Vi ritorneremo trattando del grado dei privilegi mobiliari.

485. Perchè il venditore possa esercitare il suo privilegio, occorre che la cosa venduta si trovi nello stesso stato in cui

---

(1) Parigi, 4 dicembre 1871 (DALLOZ, 1874, 2, 24).

(2) VALETTE, p. 105 e seg., n. 85, e tutti gli autori, salvo TROPLONG, n. 154 confutato da MOURLON, *Esame critico*, p. 305, n. 118.

si trovava al momento della consegna? La legge (art. 20) esige questa condizione per l'esercizio del diritto di rivendicazione ch'essa accorda al venditore. Si domanda se sia lo stesso del privilegio. Se la questione potesse essere decisa in teoria, crediamo che bisognerebbe applicare l'identico principio al privilegio ed alla rivendicazione. Infatti, il privilegio è un diritto reale che colpisce la cosa, e che suppone, conseguentemente, la persistenza della cosa che ne è gravata. Ecco perchè il privilegio cessa quando l'oggetto mobiliare sul quale esso cade sia divenuto immobile per destinazione, benchè la cosa venduta esista quale era al momento della vendita. Dovrebbe accadere lo stesso se la cosa venduta cambiasse *stato*, ossia specie. La nuova specie che venne formata trasforma la cosa venduta. Giuridicamente parlando, la cosa non è più la stessa. Dunque l'effetto mobiliare che era stato gravato dal privilegio non esiste più, e quindi il privilegio è estinto. La legge lo dice per la rivendicazione, e dovrebbe dirlo a maggior ragione del privilegio, perchè, nel nostro diritto moderno, la rivendicazione del venditore non è più l'esercizio del diritto di proprietà, ma una semplice misura conservativa, un sequestro della cosa all'effetto di tutelare i diritti del venditore. 'E dunque una dipendenza del privilegio. E non si vede perchè un atto che non tende se non a conservare il privilegio non potrebbe più esercitarsi sulla cosa, quando l'esercizio del privilegio è ancora possibile. Eppure tale è il sistema del codice. Per il privilegio esso non prescrive nessuna condizione concernente lo *stato* della cosa venduta, mentre esige che la cosa si trovi nello stesso stato in cui era al momento della vendita perchè il venditore possa rivendicarla.

Noi crediamo che il legislatore abbia fatto bene ad allontanarsi dalla sottigliezza del diritto per l'esercizio del privilegio. Quale è il fondamento del privilegio che la legge concede al venditore? Egli aumenta il patrimonio del debitore comune, ed è quindi giusto che sia pagato preferibilmente a coloro che arricchisce. Ora, si arricchisce forse meno quando la cosa ha cambiato stato? La cosa, in conseguenza di questo cambiamento, può diminuire o aumentare di valore. Io ho, come venditore, un privilegio sopra un battello: il battello è distrutto da una tempesta, ma restano dei materiali. Ho io perduto il mio privilegio? Secondo la sottigliezza del diritto, sì, poichè non vi ha più battello e il mio privilegio cadeva sopra un battello. Ma la risposta è tutt'altra se consultiamo la giustizia e l'equità, sulle quali si fonda il privilegio del venditore. La massa non approfitta forse degli avanzi del battello? Evidentemente, poichè essi fanno parte del patrimonio che è il loro pegno. Dunque la causa del mio privilegio sussiste, ed io devo avere il diritto di esercitarlo sui materiali, altrimenti gli altri creditori si locupleterebbero a mie spese. La cosa può anche aumentare di valore colla trasformazione che ha subìto. Io vendo un pezzo di marmo, il compratore ne fa una statua: stando alla sottigliezza del diritto, la cosa venduta non

esiste più perchè io non ho venduto una statua. Ma che importa? Io ho messo nel patrimonio del debitore un valore che vi è ancora, perchè la statua non esisterebbe senza il marmo da me fornito. Dunque la massa ne approfitta, e quindi il mio privilegio ha una causa. Va da sè che io non potrò esercitarlo se non fino a concorrenza del valore che il marmo rappresenta nella statua, perchè è questo valore che io ho conferito alla massa.

486. Ne consegue che il privilegio sussiste quand'anche la cosa venduta non si trovasse più nello stato in cui era al momento della vendita. Su questo punto non potrebbe esservi dubbio. Le condizioni del privilegio, come i privilegi stessi, sono di stretta interpretazione. Non si può nulla toglervi e nulla aggiungervi. Ora, la legge non prescrive che la cosa sia nello stesso stato, e quindi non è questa una condizione del privilegio.

Rimane una difficoltà. Il privilegio si esercita sul prezzo d'una cosa determinata, la cosa che formò oggetto della vendita; bisogna dunque che il venditore provi che questa cosa esiste ancora nel patrimonio del compratore. Ecco una condizione che ogni creditore privilegiato su *determinati mobili* deve adempiere. Bisogna che questi *determinati mobili* siano riconoscibili poichè è sul loro prezzo che il creditore esercita il privilegio. Se non può esserne dimostrata l'identità, l'esercizio del privilegio diviene impossibile. Si è andati più oltre. Duranton applica alla conservazione del privilegio le distinzioni che gli articoli 570 e 571 stabiliscono, in materia di specificazione, per determinare a chi appartiene la nuova specie, se al padrone della materia o all'operaio (1). Duranton confonde due ordini d'idee affatto distinti. Quando si tratta di specificazione, non vi ha alcun rapporto giuridico fra l'operaio e il padrone della materia, mentre in caso di vendita il creditore ha un privilegio fondato sopra un contratto e sulla legge che privilegia il suo credito. Questo privilegio cade sopra un oggetto determinato, e deve sussistere finchè sussiste l'oggetto (n. 485). Bisogna dunque lasciar da parte l'argomentazione analogica, poichè non vi ha analogia.

Troplong ha un altro sistema tolto a Cujacio, il quale pure lo stabilisce in materia di specificazione; il che basta per respingerlo, poichè non vi ha nulla di comune fra la specificazione e il privilegio del venditore. Crediamo inutile combattere questa opinione; la confutazione è stata fatta e da mano maestra (2). Vi fosse anche analogia, bisognerebbe respingere una dottrina che conduce a prescrivere, per l'esercizio del privilegio, condizioni

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 172, n. 124. In senso contrario, PONT, t. I, p. 132 n. 153.

(2) TROPLONG, n. 109 e seg., confutato da MOURLON, *Esame critico*, t. I, p. 128, n. 64.

che la legge ignora. Tutto ciò che la legge ed i principii permettono di pretendere, si è che il venditore il quale reclama un privilegio sopra un determinato mobile, provi che questo mobile esiste nel patrimonio del debitore, qualunque sia, del resto, lo stato della cosa.

La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso. Fu venduto al proprietario d'una ferriera un taglio di boschi. Egli procede al taglio: parte degli alberi restano spogliati della scorza, parte sono carbonizzati. Poi il compratore fallisce. I venditori reclamano il loro privilegio. Essi soccombono in prima istanza. Il tribunale aveva giudicato secondo le regole del diritto commerciale, benchè i venditori non fossero commercianti. La Corte d'appello riformò la decisione. Si obbiettava che la cosa venduta aveva cambiato stato. Poco importa, risponde la Corte di Liegi, poichè i carboni rappresentano le legna che hanno formato oggetto della vendita, per meglio dire, la cosa venduta esisteva sebbene trasformata (1).

La Corte di Nancy ha giudicato del pari che il privilegio del venditore può essere esercitato, benchè gli oggetti venduti siano stati snaturati quando l'identità della cosa è certa (2), e la Corte di Rouen ha applicato il principio alla vendita di un fondo di commercio con avviamento, aggiungendovi la condizione che sia constatata l'identità degli oggetti mobiliari con quelli che avevano formato l'oggetto della vendita (3).

487. Il privilegio del venditore può essere esercitato anche quando gli effetti mobiliari sono stati immobilizzati dal compratore? Abbiamo detto che la stessa questione si presenta riguardo al privilegio delle spese di conservazione (n. 70). Sotto l'impero del codice civile vi era controversia. La difficoltà è stata eliminata dalla nuova legge. Essa decide che il privilegio delle spese di conservazione e quello del venditore cessano d'aver effetto se gli oggetti mobiliari sono divenuti immobili per destinazione o per incorporazione. La ragione si è che, in questo caso, gli oggetti gravati del privilegio non esistono più; essi sono divenuti immobili. Ora, non può esservi privilegio mobiliare sopra immobili. Tale è il motivo giuridico. Si potrebbe dire che è una sottigliezza, almeno rispetto agli immobili per destinazione agricola o industriale. In questo caso l'immobilizzazione non è che una finzione, poichè gli oggetti mobiliari conservano la loro individualità e non si confondono cogli immobili sui quali sono posti per un servizio agricolo o industriale. Tuttavia era impossibile considerare una sola e medesima cosa come immobile e come mobile. Doveva dunque prevalere il principio giuridico. D'altronde il diritto è, su questo punto, d'accordo coll'interesse dei terzi. I

---

(1) Liegi, 20 dicembre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 269).
(2) Nancy, 28 dicembre 1829 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 1036, 3.°).
(3) Rouen, 7 agosto 1841 (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 354).

creditori ipotecarii calcolano sul valore integrale del fondo destinato al loro credito. Essi sarebbero ingannati se i creditori privilegiati venissero a toglier loro una parte del pegno speciale sulla fede di cui hanno contrattato col proprietario.

Dal fatto che l'interesse dei creditori ipotecarii è impegnato nella quistione, ed è stato preso in considerazione dal legislatore per decidere che l'immobilizzazione fa cessare il privilegio, non bisogna conchiudere che tanto il venditore quanto il creditore delle spese di conservazione conservino il loro privilegio a riguardo dei creditori chirografarii. La legge dispone, in termini assoluti, che il privilegio stabilito dai nn. 4 e 5 *cesserà d'aver effetto*. Ora, a riguardo di chi ha effetto questo privilegio? È un privilegio mobiliare, e questi privilegi non hanno effetto che a riguardo dei creditori chirografarii. La legge decide formalmente che le spese di conservazione e il prezzo di vendita non godranno più d'un diritto di prelazione. Ne consegue che, se vi sono soltanto creditori chirografarii, il venditore ed il creditore delle spese di conservazione non godranno d'un diritto di prelazione, nè sui mobili, poichè gli effetti mobiliari sui quali avevano privilegio non esistono più, nè sugli immobili, poichè essi non hanno privilegio immobiliare. Non è giusto, perchè il valore delle cose che sono state immobilizzate sussiste nel patrimonio del debitore, e poichè il conflitto non ha luogo che fra creditori chirografarii, coloro che hanno arricchito la massa, sia coi loro lavori, sia coi valori che vi hanno messi, dovrebbero prevalere agli altri creditori. La legge ha deciso altrimenti.

488. La legge ammette un'eccezione al principio che stabilisce: « Salvo, dice l'art. 20, se si tratti di macchine ed apparecchi impiegati negli stabilimenti industriali ». Quantunque queste macchine e questi apparecchi siano immobili per destinazione, e possano anche esserlo per incorporazione, il privilegio del venditore, come quello dell'operaio per spese necessarie, non rimane estinto coll'immobilizzazione. Quale è il motivo di questa eccezione? L'interesse dell'industria lo esigeva. La prosperità d'uno stabilimento industriale dipende dalla perfezione delle sue macchine. Bisognava dunque facilitare ai fabbricanti i mezzi di procurarsi le migliori macchine e di conservarle. Ora, il mezzo più efficace consiste nell'assicurare ai venditori ed ai creditori il pagamento dei loro crediti, mantenendo ad essi il privilegio, malgrado l'immobilizzazione.

Tuttavia il privilegio non è mantenuto per sempre, vale a dire finchè il venditore od il meccanico non sono pagati. La legge dispone che il privilegio si conserva per due anni a partire dalla consegna. Perchè il privilegio è limitato a due anni, quando il credito non è pagato, e non s'estingue che colla prescrizione trentennale? Il legislatore, come abbiamo già osservato, cerca di conciliare i diversi interessi che si trovano in conflitto in materia di privilegi. La legge deroga al diritto comune in favore di coloro che forniscono o conservano le macchine. Questa

derogazione ha per oggetto d'assicurare il loro pagamento. Ora, il credito che il venditore ed il creditore fanno al fabbricante non dura trent'anni. Dando al privilegio una durata di due anni, il legislatore si regola sugli usi del commercio. Spetta al creditore privilegiato reclamare il pagamento entro questo termine. La sua negligenza non deve perpetuare il privilegio in danno degli altri creditori, i quali rimarrebbero ingannati se fossero posposti a privilegi contrarii al diritto comune che i terzi non possono sospettare.

489. La legge garantisce gli interessi dei terzi, anche nei limiti del privilegio così ridotto ad un breve termine, subordinando il suo mantenimento alla pubblicità. Ecco dunque un privilegio mobiliare che, per eccezione alla regola, deve essere reso pubblico. L'eccezione rientra nel diritto comune, nel senso ch'essa ha per oggetto d'avvertire i terzi creditori ipotecarii dell'esistenza d'un privilegio che sarà loro preferito sul prezzo dell'immobile ipotecato per il prezzo delle macchine e le spese di conservazione di queste, crediti sovente considerevolissimi, di cui essi hanno interesse a conoscere l'importo esatto.

L'art. 20 dispone a questo riguardo: « Il privilegio non avrà effetto se non in quanto l'atto constatante la vendita sia trascritto in un registro speciale tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio ». Queste forme sono imitate da quelle che la legge prescrive perchè la vendita degli immobili possa essere opposta ai terzi. L'atto deve essere trascritto sopra un registro pubblico. Ma vi hanno considerevoli differenze fra la trascrizione dell'art. 1.° e la trascrizione dell'art. 20. La trascrizione è richiesta, in generale, perchè gli atti traslativi di diritti reali immobiliari possano essere opposti ai terzi. Nella specie, non si tratta della vendita delle macchine, che è valida, secondo il diritto comune, ma bensì del privilegio del venditore. di cui la legge prescrive la pubblicità. I privilegi immobiliari si conservano coll'inscrizione, salvo che certi privilegi, specialmente quello del venditore, sono mantenuti colla trascrizione dell'atto che constata l'esistenza del credito privilegiato. 'E questa la forma che la legge ha adottato per la pubblicità del privilegio della vendita di macchine. Ma la trascrizione non si fa sul registro tenuto dal conservatore delle ipoteche. 'E il cancelliere del tribunale di commercio che trascrive l'atto sopra un registro a ciò destinato. La ragione sta in ciò, che il privilegio rimane di natura mobiliare, quantunque si eserciti su mobili immobilizzati. Ora, i registri del conservatore non constatano che diritti immobiliari. D'altronde si tratta d'un commerciante e di creditori che sono pur commercianti, e costoro hanno maggiori relazioni col tribunale di commercio che col conservatore delle ipoteche. Il registro tenuto nella cancelleria dei tribunali consolari procura dunque maggior pubblicità della trascrizione che fosse fatta sui registri del conservatore delle ipoteche.

Vi è anche un'altra differenza fra le due sorta di trascrizione. Quando deve trascriversi una vendita immobiliare, la legge non ammette alla trascrizione che atti autentici. L'art. 20 non parla della forma degli atti. Esso si riferisce dunque al diritto comune; ossia basta un atto privato. Ma occorre un atto, poichè senza atto è impossibile operare una trascrizione, giacchè trascrivere significa copiare. Fra commercianti la corrispondenza serve di prova. Essa sarebbe insufficiente per la trascrizione, perchè le lettere non sono atti, e la legge esige un atto.

La legge non dice che l'atto di vendita debba contenere la menzione che è dovuto il prezzo, come esige per la conservazione dei privilegi immobiliari. Tutto essendo di rigore in questa materia, bisogna ritenere che questa menzione non deve esser fatta. Vi è d'altronde una ragione che spiega la differenza fra la trascrizione ordinaria e quella dell'art. 20. La trascrizione degli atti traslativi di proprietà immobiliare ha un duplice scopo e un duplice effetto. Essa rende il compratore proprietario a riguardo dei terzi, poco importando che il prezzo sia o non sia pagato, poi conserva il privilegio del venditore, come il suo diritto di risoluzione. Non così della trascrizione dell'atto di vendita d'una macchina. Essa non ha che un solo oggetto, quello di render pubblico il privilegio del venditore. Ora, il privilegio non è che l'accessorio del credito. Trascrivendo l'atto di vendita, il venditore fa conoscere ai terzi di possedere un privilegio, poichè la trascrizione non ha altra ragione d'essere. 'E inutile aggiungere che è dovuto il prezzo, perchè, se fosse pagato, il venditore si guarderebbe bene dal fare le spese inutili della trascrizione, e, se agisse in mala fede, si esporrebbe a danni ed interessi, come autore d'un fatto dannoso.

Si presenta una lieve difficoltà nell'applicazione di questi principii alle spese di conservazione. La legge equipara questo credito a quello del prezzo di vendita. Il privilegio che lo garantisce si conserva egualmente malgrado l'immobilizzazione, sotto la condizione che sia reso pubblico. Ma, organizzando la pubblicità, la legge non parla che dell'atto di vendita; essa non dice quale sia l'atto che deve essere trascritto quando si tratta delle spese di conservazione. Bisogna decidere per analogia che il creditore deve far trascrivere l'atto che constata il credito. Un atto è dunque necessario per la conservazione del privilegio, perchè non può esservi trascrizione senza atto.

490. La trascrizione è necessaria perchè il privilegio abbia *effetto*. Sono i termini della legge. Il privilegio non trascritto non ha effetto. Bisogna aggiungere che la trascrizione deve farsi nei quindici giorni dalla consegna. Il termine è fatale. Se l'atto non fu trascritto entro questo termine, il privilegio si estingue. L'interesse dei terzi esigeva questo rigore. Se non vi ha trascrizione entro il termine legale, essi devono credere che il creditore privilegiato sia pagato e che il suo privilegio sia estinto o ch'egli vi rinunci. Per conseguenza, trascorso

il termine, essi possono trattare in piena sicurezza col commerciante. Ecco il motivo pel quale la legge prescrive un termine così breve.

491. Ciò suppone che il privilegio sia pubblico. La legge prescrive la pubblicità. A termini dell'art. 20, il cancelliere del tribunale di commercio è tenuto a dar conoscenza della trascrizione a tutte le persone che ne faranno domanda. Se non è stato trascritto alcun atto, il cancelliere rilascerà un certificato constatante che nessuna trascrizione ebbe luogo a vantaggio d'un creditore privilegiato. Affinchè i terzi interessati sappiano a qual cancelleria devono rivolgersi per avere conoscenza della trascrizione, la legge determina il tribunale dove la trascrizione dev'essere fatta. 'E quello del circondario in cui il debitore ha il suo domicilio. Infatti, i terzi trattano col debitore. 'E dunque naturale ch'essi si rivolgano al tribunale del suo domicilio, perchè è là che s'intentano le azioni contro il debitore. Se il debitore è straniero, può non aver domicilio nel Belgio. In questo caso, la trascrizione si farà nella cancelleria del tribunale nel cui circondario il debitore ha la sua residenza.

I terzi hanno grande interesse anche a sapere se la trascrizione sia fatta nel termine legale, poichè, fatta dopo trascorso questo termine, è inefficace. Se vi ha contestazione riguardo al punto se l'atto fu trascritto nei quindici giorni dalla consegna, la prova incombe al creditore. Egli deve provare che il diritto che pretende di esercitare è stato conservato. Ora, esso non è conservato che colla trascrizione fatta nel termine legale. Spetta dunque a lui dimostrare che ha fatto trascrivere l'atto entro i quindici giorni dalla consegna. La legge indica un mezzo facilissimo di dare questa prova, cioè i libri del venditore e, per analogia, i libri del creditore delle spese di conservazione. L'art. 20 soggiunge « salva la prova contraria ». 'E questo il diritto comune.

492. Il privilegio non è conservato che per due anni a partire dalla trascrizione. Vi sono casi però nei quali il privilegio può essere esercitato dopo questo termine. La legge contiene a questo riguardo la seguente disposizione: « In caso di sequestro immobiliare praticato sulle macchine ed apparecchi, o di fallimento del debitore dichiarato prima che siano trascorsi i due anni, il privilegio continuerà a sussistere fin dopo la distribuzione dei denari o la liquidazione del fallimento ». Il debitore fallisce o diviene insolvente durante il termine di due anni, per conseguenza in un'epoca in cui il privilegio del creditore sussiste. Da quel momento il diritto alla prelazione è acquisito al creditore, perchè egli può immediatamente esercitare il suo diritto, essendo il debitore decaduto dal termine per la sua insolvibilità constatata. Pertanto la situazione del creditore privilegiato è fissata, il suo diritto acquisito. È il diritto comune in caso di fallimento del debitore. I creditori esercitano

i diritti che spettavano loro alla dichiarazione di fallimento. Anche quando il debitore diviene insolvente, il creditore ha un diritto acquisito, perchè è in quel momento che il pegno dei creditori sui beni del debitore comune si realizza e che ciascuno esercita i suoi diritti, secondo la natura del proprio credito. Poco importa dunque che la liquidazione non si compia nel termine di due anni; le lentezze delle vie giudiziarie non possono nuocere ai creditori privilegiati. Essi devono ottenere al momento della liquidazione quello che avrebbero ottenuto all'epoca dell'insolvenza e del fallimento, se i diritti dei creditori avessero potuto essere liquidati immediatamente (1).

493. Per completare questa materia trascriveremo l'art. 546 della legge del 18 aprile 1851 sui fallimenti: « Il privilegio ed il diritto di rivendicazione stabiliti dal n. 4 dell'art. 2162 (legge ipotecaria, art. 20, 5.°), a vantaggio del venditore d'effetti mobiliari, come il diritto di risoluzione, non saranno ammessi in caso di fallimento ». La legge fa eccezione in favore dei fornitori di macchine impiegate negli stabilimenti industriali, sotto la condizione che il privilegio sia reso pubblico. È questa eccezione che gli autori della legge ipotecaria hanno ammessa come diritto comune in materia civile.

N. 2. — Del diritto di rivendicazione.

494. L'art. 20 dispone: « Se la vendita è stata fatta senza termine, il venditore può anche *rivendicare* gli oggetti venduti finchè sono in posseso del compratore e impedirne la rivendita, purchè la rivendicazione sia fatta entro gli otto giorni dalla consegna, e si trovino nello stesso stato in cui erano al momento della consegna ». Che cosa è questo diritto di rivendicazione? La questione è stata oggetto di lunghe controversie. È certo che la parola *rivendicare* non è usata qui nel suo significato proprio. La rivendicazione è l'esercizio del diritto di proprietà. Ora, il venditore ha cessato d'essere proprietario dal momento che s'è formata la vendita col consenso delle parti contraenti. Da quell'istante, il compratore è divenuto proprietario, e chi non è proprietario può rivendicare contro chi lo è? Eppure questa strana dottrina ha trovato un difensore. Troplong ha sostenuto che la vendita era risolta di pien diritto nel caso previsto dall'art. 2102 (legge ip. art. 20), e che, per conseguenza, il venditore poteva rivendicare la cosa. L'opinione di Troplong è sempre rimasta isolata; essa è stata combattuta e confutata da tutti gli scrittori. Crediamo inutile rinnovare la contro-

---

(1) Vedi, su questa materia, MARTOU, t. II, p. 147, nn. 480-481; DELEBECQUE, *Commentario legislativo*, p. 116, nn. 124 e 125; CLOES, *Commentario della legge del 1851*, t. I, p. 307, nn. 534-540.

versia. Basta osservare che il testo medesimo del codice respinge l'interpretazione che gli si è voluto dare. La legge non dice una parola della pretesa risoluzione di pien diritto che Troplong ha immaginata, come non implica questa risoluzione, che non ha alcuna ragion d'essere. Cosa singolare! La stessa legge dice quale è l'oggetto della rivendicazione, d'*impedire la rivendita*. Che interesse ha il venditore d'impedire al compratore di rivendere? Ciò suppone che la vendita sussista. Se la vendita fosse risolta di pien diritto, il compratore, non essendo più proprietario, non avrebbe diritto di rivendere. È perchè la vendita sussiste e il compratore, restando proprietario, avrebbe diritto di rivendere la cosa, che il legislatore ha dovuto dare al venditore un mezzo d'impedirlo. Infatti, senza il diritto di rivendicazione, tutte le garanzie che la legge accorda al venditore non pagato diventano illusorie. Egli ha il diritto di chiedere la risoluzione della vendita, ma questo diritto non può essere esercitato contro il compratore. Se questi rivende, il venditore non ha alcuna azione contro il subacquirente, e la sua azione contro il compratore è illusoria, poichè si suppone che questi sia insolvente. Bisogna dunque impedire al compratore di rivendere perchè il diritto di risoluzione sia efficace. Il venditore ha anche un privilegio. Invece di chiedere la risoluzione della vendita, egli può domandarne l'esecuzione, reclamando il prezzo con preferenza a riguardo degli altri creditori. Ma anche il privilegio non può essere esercitato che quando il compratore resta in possesso. Secondo la nostra opinione, basta anzi che vi sia rivendita perchè il privilegio svanisca (n. 479). Bisogna dunque impedire al compratore di rivendere perchè il privilegio sia efficace. Così il diritto che ha il compratore, nella sua qualità di proprietario, di rivendere la cosa, compromette tutte le garanzie che la legge dà al venditore. Occorreva una sanzione a questa garanzia. Questa sanzione è la rivendicazione.

495. Si dirà che la nostra interpretazione, oggi generalmente ammessa, è in opposizione col testo. La legge dice che il venditore può rivendicare. La rivendicazione implica che colui il quale l'esercita sia proprietario, e, secondo la nostra opinione, non lo è. Egli non rivendica, sequestra la cosa e la fa rientrare nel suo possesso per impedire al compratore di rivenderla, salvo ad esercitare poi uno dei diritti che la legge gli accorda, cioè il diritto di risoluzione o il diritto al prezzo con privilegio. Che cosa ci autorizza a dare questo significato alla parola *rivendicare*? Rispondiamo, il testo e i principii. L'art. 20 usa egualmente la parola *rivendicazione* per qualificare il diritto di sequestro che spetta al locatore, o il diritto d'evizione ch'egli ha contro un terzo acquirente. È evidente che il locatore non può *rivendicare* oggetti mobiliari che non gli appartengono, che possono anche non appartenere al conduttore. La parola *rivendicare* è, in questo caso, sinonima della parola *sequestrare*, di cui la legge si serve parimenti per qualificare il diritto del locatore. Eb-

bene, essendosi servito, nel n. 1 dell'art. 20, della parola *rivendicare* per designare il diritto del sequestro, era naturale che il legislatore usasse la stessa parola al n. 5 per indicare il diritto di sequestro del venditore. Vi è anche una ragione storica che spiega questa espresssione e che spiega anche l'errore di Troplong, la tradizione romana. In diritto romano il venditore restava proprietario quando la vendita era fatta senza termine. Egli poteva dunque, se il compratore non pagava, *rivendicare* la cosa. Questo diritto di rivendicazione rendeva inutile ogni altra garanzia. Così il venditore non aveva nè privilegio, nè diritto di risoluzione. Secondo la teoria del codice, la proprietà è trasferita al compratore, si faccia la vendita con o senza termine. Occorrevano altre garanzie al venditore non soddisfatto. La legge gli dà il diritto di risoluzione e il privilegio. Ma queste garanzie rischiano di divenire inefficaci quando il compratore rivende, e sarà tentato di rivendere, se è insolvente, per procurarsi risorse. Il venditore è dunque in pericolo di perdere la cosa e il prezzo. La legge viene in suo soccorso accordandogli il diritto di rivendicare la cosa venduta, vale a dire di sequestrarla, allo scopo d'impedire al compratore di rivenderla.

496. Il diritto di sequestro che la legge dà al venditore è in armonia coi principii, mentre la rivendicazione, quale fu immaginata da Troplong, sarebbe una inesplicabile anomalia. Vi è una vendita senza termine. Il compratore è proprietario, ma non può costringere il venditore a fargli la consegna, a meno che alla sua volta non paghi il prezzo (art. 1612). Il venditore può dunque ritenere la cosa fino a che il compratore soddisfaccia il prezzo. Questo diritto di ritenzione è una garanzia contro il diritto di rivendita che spetta al compratore. Egli può bensì rivendere, ma non potrà consegnare la cosa, e il subacquirente non ha diritto di rivendicare la cosa contro il venditore, perchè non si rivendicano le cose mobiliari. Se il venditore, che non era tenuto a consegnare la cosa al compratore, ne fa tuttavia la tradizione, la legge gli permette, quando è in pericolo di perdere la cosa e il prezzo, di riprendere il possesso della cosa. I diritti delle parti rimangono intatti. La vendita sussiste; il compratore resta proprietario; il venditore può chiedere la risoluzione o il pagamento del prezzo.

Noi diremo che, secondo il sistema di Troplong, tutto diviene inesplicabile. Vi è vendita, trasferimento definitivo della proprietà, consegna della cosa. Il compratore non paga e diviene insolvente. La vendita, si dice, è risolta di pien diritto. Perchè? Se ne cercherebbe invano la ragione. Tutto ciò che la legge dice, al titolo delle *Obbligazioni* e al titolo della *Vendita*, è che il compratore il quale diviene insolvente perde il beneficio del termine. Quando la vendita è stata fatta senza termine, e il venditore ha avuto l'imprudenza di consegnare la cosa, non gli resta più che chiedere la risoluzione o esercitare il privilegio. Ma anche queste garanzie rischiano di divenire illusorie.

È forse una ragione per risolvere la vendita di pien diritto? Sarebbe una deroga al diritto comune stabilito dall'art. 1184, ed una deroga che non avrebbe ragion d'essere. Infatti, il venditore può avere interesse a mantenere la vendita esercitando il suo privilegio. Con qual diritto la legge gli toglierebbe una facoltà ch'egli deriva dal contratto? Vi ha un mezzo più semplice di dargli una perfetta garanzia, ed è di permettergli di sequestrare la cosa per riavere il possesso che ebbe l'imprudenza d'abbandonare al compratore. Il sequestro lascia intatti tutti i diritti, mentre la risoluzione *ipso jure* annullerebbe il contratto senza alcuna ragione.

497. Vi ha un ultimo argomento, e decisivo, in favore dell'opinione comune. La tradizione romana ha traviato Troplong, eppure questa stessa tradizione doveva avvertirlo ch'egli s'ingannava. Non si spiega il codice Napoleone col diritto romano, quando il legislatore francese ha derogato al diritto di Roma. Vi è un'altra tradizione che bisognava consultare e che è nostra, ben più che quella dei giureconsulti romani, la tradizione consuetudinaria. Che dice Dumoulin, l'oracolo del diritto consuetudinario, il vero autore del codice civile? La consuetudine di Parigi disponeva (art. 194): « Chi vende una cosa mobiliare senza giorno e senza termine, sperando di essere pagato prontamente, può perseguire la sua cosa, in qualunqne luogo sia trasportata, *per essere pagato del prezzo al quale l'ha venduta* ». Dumoulin fece, a quest'ultime parole, la nota seguente: « È per *ricuperarlo* e *rimanerne in possesso* finchè sia pagato ». Tutti i commentatori della consuetudine riproducono tale nota, che spiega l'origine e lo scopo della rivendicazione. Non si tratta di sciogliere la vendita nè di rivendicare la proprietà. Il venditore aliena per riscuotere il prezzo, ma, perchè sia sicuro di riscuoterlo, bisogna che possa *ricuperare* e *impadronirsi di nuovo* della cosa che aveva consegnata al compratore *nella speranza d'essere pagato prontamente*. Se questa speranza è svanita, egli rischia di perdere la cosa e il prezzo. La consuetudine viene in suo aiuto, ma si guarda bene dallo sciogliere la vendita; essa dà al venditore il mezzo d'essere pagato, o, soggiungiamo noi, nel diritto moderno, d'ottenere la risoluzione della vendita (1).

498. Quali condizioni sono richieste per la rivendicazione? Qui si presentano nuove difficoltà, non quanto all'esitenza delle condizioni, poichè la legge è esplicita, ma quanto ai motivi. Bisogna anzitutto che la vendita sia stata fatta senza termine. Perchè? Noi abbiamo dato la ragione che si allega secondo l'opinione comune (n. 396): essa spiega la condizione, ma, a nostro avviso, non giustifica sufficientemente la legge. 'E vero che il venditore il quale vende a ter-

---

(1) VALETTE, p. 112, nn. 87-88. MOURLON, *Esame critico*, t. I, p. 389, nn. 130 e 131; PONT, t. I, p. 135. Cfr. TROPLONG, n. 193.

mine deve fare la consegna della cosa, e, se l'ha fatta, non può ritornare sopra una obbligazione che era tenuto di adempiere. Vi è contraddizione nel reclamare il possesso della cosa quando non si ha il diritto di tenerla. L'argomento sembra perentorio, ma si dimentica l'art. 1613, il quale modifica il principio dell'art. 1612 che abbiamo testè ricordato: « Così pure il venditore non sarà obbligato alla consegna, ancorchè avesse accordato una dilazione al pagamento, se, dopo la vendita, il compratore è caduto in istato di non solvenza ». Ora, è appunto in queste circostanze che il venditore ha interesse a rivendicare, perchè è quando il compratore cade in istato di non solvenza che vi ha luogo ad esercitare il privilegio a riguardo degli altri creditori, od a chiedere la risoluzione della vendita. Se il venditore non è tenuto a consegnare, in caso di insolvenza sopravvenuta dopo la vendita, deve avere il diritto di rivendicare, nel senso della legge ipotecaria, vale a dire di riprendere il possesso della cosa venduta, per impedire al compratore di rivenedre.

La spiegazione che si dà generalmente della prima condizione richiesta dalla legge per l'esercizio della rivendicazione lascia a desiderare anche sotto un altro rapporto. Non è esatto dire che il diritto di rivendicazione si riannoda al diritto spettante al venditore senza termine di non fare la consegna della cosa. La rivendicazione, come la parola stessa lo prova, è d'origine romana. Era, da principio, l'esercizio del diritto di proprietà. Nell'antico diritto la rivendicazione cambiò carattere e divenne un semplice sequestro, ma si mantenne la condizione richiesta dal diritto romano, cioè che la vendita fosse stata fatta senza termine. Questa condizione aveva la sua ragion d'essere nel diritto romano, poichè la vendita a termine non trasferiva la proprietà finchè il compratore non pagava il prezzo, ma non è più in armonia col nostro nuovo diritto. Non si tratta più di rivendicare, si tratta di sequestrare la cosa venduta. Perchè? Per dare al venditore una garanzia e rendere efficaci i suoi diritti di risoluzione e il suo privilegio. Ora, il venditore ha sempre un privilegio ed un diritto di risoluzione, venda con o senza termine, e quindi il legislatore avrebbe dovuto accordargli, in ogni ipotesi, anche la rivendicazione.

499. La seconda condizione richiesta dalla legge perchè il venditore possa rivendicare è che gli oggetti venduti si trovano ancora in possesso del compratore. Se li possiede un terzo, questi è al coperto dalla rivendicazione e da ogni azione reale. Egli può invocare la massima che in fatto di mobili il possesso val titolo. Vi è anche un altro motivo. Nè il privilegio, nè il diritto di risoluzione possono essere esercitati contro un terzo possessore, non essendo immobili soggetti ad evizione, e la rivendicazione non è che un mezzo d'esercitare questi diritti. La rivendicazione non ha dunque più ragion d'essere dal momento che il venditore non possiede più nè privilegio nè diritto di risoluzione.

500. La rivendicazione deve esser fatta negli otto giorni dalla consegna. Qual'è il motivo di questa terza condizione? Si dice che il venditore il quale non usa della rivendicazione entro un breve termine si ritiene rinunciare al diritto di ritenzione. Altri osservano reputarsi ch'egli accordi un termine al compratore; il che non gli permette di rivendicare (1). A nostro avviso, non è questo il vero motivo. Il venditore non ha alcun interesse a rinunciare ad un diritto che solo gli dà il mezzo d'esercitare il suo privilegio o la risoluzione. Rinunciare alla rivendicazione è rinunciare a tutte le sue garanzie. Può la legge presumere che il venditore rinunci al solo mezzo che ha di essere pagato o di ricuperare la proprietà della cosa venduta? Se essa limita a un termine brevissimo l'esercizio della rivendicazione, lo fa nell'interesse dei terzi, non dei terzi compratori, perchè questi sono al coperto da ogni azione reale, ma dei terzi creditori chirografarii che trattano col compratore sulla fede della sua ricchezza mobiliare, la quale è aumentata, in apparenza, dagli oggetti venduti e non pagati. Se il venditore potesse rivendicarli, i terzi rimarrebbero ingannati, poichè, dopo averli rivendicati, egli eserciterebbe il suo diritto di risoluzione e toglierebbe così ai terzi un pegno sul quale contavano. Quello che prova che tale è lo spirito della legge belga è ch'essa pronuncia la decadenza dell'azione di risoluzione, a riguardo degli altri creditori, quando il venditore è decaduto dalla rivendicazione, e quindi per ciò solo che non ha rivendicato entro gli otto giorni.

501. Da ultimo la legge vuole che gli oggetti mobiliari si trovino ancora nello stesso stato in cui erano al momento della consegna. Abbiamo detto che questa condizione non è richiesta per l'esercizio del privilegio. Quale è la ragione di tale differenza? A nostro avviso, non ve n'ha alcuna. Ecco quella che si dà generalmente. La rivendicazione, si dice, è un diritto rigoroso inerente alla cosa stessa. Non sarebbe stato possibile ammetterla nel caso in cui la cosa avesse ricevuto, mediante la cura o il lavoro del compratore, una notevole trasformazione. Il privilegio, al contrario, colpisce il valore della cosa anzichè la cosa stessa (2). Questa spiegazione non tiene alcun conto dell'oggetto della rivendicazione; essa suppone che la rivendicazione e il privilegio siano due diritti distinti, mentre la rivendicazione non è che una misura conservativa la quale mette il venditore in grado sia di chiedere la risoluzione della vendita, sia di domandare il pagamento del prezzo. Il venditore sequestra la cosa venduta per poter esercitare il suo privilegio, e quindi, per ciò solo ch'egli ha il privilegio, dovrebbe avere il diritto di rivendicare. Ora, secondo l'opinione comune che abbiamo insegnata, il venditore

---

(1) PONT, t. I, p. 139, n. 158; MARTOU, t. II, p. 154, n. 492.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 158, nota 71, § 261; PONT, t. I, p. 139, n. 159; MARTOU (t. II, p. 154, n. 491) ha un'altra spiegazione che non è più soddisfacente.

conserva il privilegio, quantunque la cosa abbia cambiato specie mediante lavoro del compratore, che quindi dovrebbe avere il diritto di rivendicare. Lasciargli il privilegio e togliergli la rivendicazione è dargli un diritto illusorio.

La condizione richiesta dal legislatore moderno non sarebbe un avanzo dell'antica teoria romana? Se si considera la rivendicazione come l'esercizio d'un diritto reale, è perfettamente logico non permetterla che quando la cosa venduta si trova ancora nello stesso stato, perchè, se ha cambiato specie, il diritto reale svanisce, non potendo più essere esercitato. Si applicava nell'antico diritto lo stesso principio al privilegio. « Non appena, dice Ferrière, la cosa è stata convertita in un'altra forma, quantunque si trovi nelle mani del compratore, il privilegio cessa, perchè si può dire che, *mutata forma*, non è più la stessa cosa di prima » (1). Ciò era molto giuridico, ma poco equo (n. 485). Gli autori del codice hanno abbandonato, su questo punto, la dottrina tradizionale. Essi avrebbero dovuto, logicamente, ammettere lo stesso principio per la rivendicaziane.

502. In quali forme si fa la rivendicazione? Gli autori e le sentenze suppongono che il venditore eserciti la rivendicazione giudiziariamente, e il testo della legge belga pare concepito in questo senso. Essa chiama la rivendicazione *azione rivendicatoria*, ed ogni azione deve essere portata avanti i tribunali. In teoria, non si comprende la necessità di un'azione giudiziaria. Chi rivendica, nel senso della legge ipotecaria, mette la mano sulla cosa mediante sequestro, e il sequestro è un atto stragiudiziale, poichè non richiede un giudizio. L'autorità giudiziaria non interviene che quando vi ha una contestazione. Ora, la rivendicazione non è una contestazione, nè il reclamo d'un diritto, ma un semplice sequestro. Il venditore non domanda nulla. Perchè dunque si rivolgerebbe al giudice? Accade della rivendicazione del venditore come di quella del locatore. Questi agisce per via di sequestro. Perchè sarebbe altrimenti del venditore? Quello che forse ha ingannato gli interpreti è la parola *rivendicazione* e la tradizione romana. Chi rivendica, nel vero senso della parola, deve agire giudizialmente, perchè sono in conflitto due diritti. Ma il venditore non rivendica ; egli fa un atto conservativo, il quale non attenta menomamente ai diritti del compratore. Costui può senza dubbio opporsi al sequestro, e dal momento che agisce in opposizione vi ha una controversia giudiziaria. Ma se il venditore rivendica sotto le condizioni richieste dalla legge, il compratore non può opporvisi. I diritti del venditore restano intatti, poichè la vendita sussiste.

503. Diciamo che la vendita sussiste. Secondo l'opinione comune, è cosa incontestabile. La rivendicazione non è una risoluzione nè una risoluzione di pien diritto, come aveva immagi-

(1) Ferrière, *Commentario delle consuetudini di Parigi*, art. 176, n. 19.

nato Troplong, nè una risoluzione giudiziale, come insegnava Duranton. La legge ci dice quale è lo scopo della rivendicazione, e in tal modo si apprende quale ne sia l'effetto. È per impedire al compratore di rivendere che il venditore sequestra gli effetti mobiliari di cui ha fatto la consegna al compratore. Ecco il solo scopo e l'unico effetto della rivendicazione. Quando il venditore sarà rientrato in possesso della cosa, manterrà la vendita o ne chiederà la risoluzione, come crederà conveniente, e se la vendita è mantenuta, domanderà il pagamento con privilegio, poichè il debitore è insolvente. Così suppone la legge. Appunto perchè il venditore possa esercitare il suo privilegio essa gli permette d'impedire la rivendita, sequestrando la cosa venduta. Ora i privilegi non si esercitano che quando il debitore è insolvente. Ecco perchè la legge tratta del diritto di rivendicazione al titolo delle *Ipoteche*. Tutte le disposizioni della legge ipotecaria suppongono l'insolvenza del debitore. Se è solvibile, il contratto di vendita si eseguisce regolarmente. Non è questione allora nè di privilegio, nè di risoluzione, nè di rivendicazione.

504. La legge contiene anche una disposizione sul rapporto tra l'azione risolutiva e la rivendicazione. Essa è così concepita: « La decadenza dell'azione rivendicatoria importerà anche quella dell'azione di risoluzione rispetto agli altri creditori ». Questa disposizione deroga ai principii del codice civile. Il venditore non soddisfatto può chiedere la risoluzione della vendita finchè il compratore è in possesso degli effetti venduti. Questa azione dura trent'anni secondo il diritto comune. Sotto l'impero del codice civile, il venditore decaduto dal diritto di rivendicazione conservava la sua azione risolutiva. Era un diritto dannosissimo ai terzi creditori chirografarii. Essi contavano che il pegno del mobile venduto sarebbe rimasto loro quando non vi fosse stata rivendicazione negli otto giorni. Poi veniva il venditore non pagato, che chiedeva la risoluzione e toglieva loro il pegno sulla fede del quale essi avevano contrattato. Il codice civile non era logico. Limitando ad un termine brevissimo l'esercizio della rivendicazione nell'interesse dei terzi creditori, doveva limitare anche l'esercizio dell'azione risolutiva poichè per i terzi la risoluzione era altrettanto funesta quanto la rivendicazione. Il legislatore belga ha tutelato l'interesse dei terzi. Dopo otto giorni dalla consegna degli oggetti venduti i terzi non hanno più a temere nè rivendicazione nè risoluzione, e quindi possono trattare sulla fede della ricchezza mobiliare del loro debitore. Però la loro sicurezza non è completa; essi hanno sempre da temere il privilegio del venditore. A questo pericolo non vi era altro rimedio che la pubblicità, ma il legislatore non ha creduto conveniente ordinarla nè per le vendite mobiliari, nè per i privilegi mobiliari in generale. Può esservi conflitto anche fra i creditori ipotecarii ed il venditore. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo della *Vendita* (vol. XXIV, n. 367).

La legge soggiunge che la decadenza dall'azione risolutiva non esiste che a riguardo dei creditori. È l'applicazione dei principii che abbiamo esposti più sopra. La legge ipotecaria non si occupa dell'effetto dei contratti quando non vi ha concorso fra i creditori, vale a dire quando il debitore è solvibile. Le parti restano dunque sotto l'impero del diritto comune secondo il quale il venditore può chiedere la risoluzione contro il compratore entro trent'anni. Dal momento che i terzi creditori non sono in causa, non vi ha alcuna ragione di limitare il diritto del venditore.

§ V. — *Le somministrazioni dell'albergatore.*

505. La legge accorda un privilegio alle somministrazioni dell'albergatore sopra gli effetti del viandante che vennero trasportati nel suo albergo (art. 20, 6.°, cod. civ., art. 2102, 5.°). Quale è il fondamento di questo privilegio? Esso era ammesso dal diritto consuetudinario. Ferrière, il commentatore della consuetudine di Parigi, ce ne dà la ragione. Il privilegio dell'albergatore, al pari di quello del locatore, si fonda sopra un pegno tacito. Questo pegno è ammesso dalla legge tanto nell'interesse del viaggiatore quanto in quello dell'albergatore e il loro interesse si confonde con quello della società. Coloro che alloggiano passeggieri, pellegrini e viandanti, dice Ferrière, lo fanno per la necessità d'un pubblico ufficio. Essi sono obbligati a ricevere ogni sorta di persone, quantunque non le conoscano, senza avere alcuna assicurazione del pagamento del debito e delle spese ch'esse fanno presso di loro. Importa dunque ai viaggiatori che gli albergatori trovino una garanzia nel pegno tacito degli effetti ch'essi trasportano con sè e la società è interessata a favorire la circolazione delle persone. Si favorisce così il commercio delle cose e delle idee. Questa ragione è comune agli albergatori ed ai locatori, ma Ferrière osserva, a ragione, che il credito degli albergatori va favorito più che quello dei proprietarii, perchè, oltre all'alloggio, essi somministrano gli alimenti ai viaggiatori, e la causa degli alimenti è sempre stata vista con favore. Bisogna aggiungere che l'albergatore è assimilato, dalla legge, ed un depositario necessario degli oggetti che i viaggiatori depongono nell'albergo. Ne risulta che la prova testimoniale e, per conseguenza, le presunzioni sono ammesse indefinitamente per provare il fatto del deposito, e nel sistema del codice, gli albergatori erano soggetti all'arresto personale. Inoltre, gli albergatori sono responsabili del furto o del danno degli effetti dei viaggiatori, sia che il furto sia stato commesso o il danno recato dai domestici dell'albergo o dagli estranei che lo frequentano (articoli 1950 e 1953). Soggetti ad una responsabilità eccezionale e ad una

prova pericolosissima, era giusto che la legge accordasse loro anche una protezione speciale pel pagamento del credito che può divenire loro così funesto (1).

506. Il privilegio spetta all'albergatore per le sue somministrazioni. Che cosa s'intende per albergatore? Albergatore, dice Merlin, è colui che tiene un albergo od osteria, e che fa professione di ricevere, alloggiare e nutrire i viaggiatori (2). La nozione dell'albergatore è dunque inseparabile da quella di viaggiatori. Dove non vi sono viaggiatori non potrebbe parlarsi d'un privilegio d'albergatore. Ciò risulta dal testo medesimo della legge. L'albergatore ha un privilegio sugli effetti che il *viaggiatore* trasporta nel suo albergo. Se l'albergatore, come avviene assai di sovente, loca un appartamento ad una persona domiciliata nella città nella quale egli esercita la sua professione, non avrà il privilegio sugli effetti che appartengono a quella persona. Il testo non è applicabile, poichè il debitore non è un viaggiatore, ed anche lo spirito della legge è estraneo a questa ipotesi. Se la legge accorda un privilegio all'albergatore, lo fa, dice Ferrière (n. 505), poichè egli è obbligato per pubblico ufficio a ricevere ogni sorta di passeggieri che non conosce. Ora, egli non può dire che non conosce le persone della città che abita: egli sa se esse offrono o meno garantie di solvibilità, può stipulare garanzie; la legge non ha bisogno di dargliene. Al contrario, se riceve un viaggiatore, acquista un privilegio, anche quando il viaggiatore avesse preso in affitto un appartamento per un termine più o meno lungo. Egli resta sempre un viaggiatore, e per conseguenza ci troviamo nel testo e nello spirito della legge (3).

Segue dallo stesso principio che i bettolieri non hanno il privilegio che la legge accorda all'albergatore, quand'anche facessero somministrazioni d'alimenti ad un viaggiatore. Se occorre un viaggiatore perchè il privilegio esista, occorre pure un albergatore, perchè è il favore dovuto alle sue somministrazioni che ha fatto stabilire il privilegio. Ora, se l'albergatore va favorito, non così certamente il bettoliere. Nell'antico diritto i loro crediti erano colpiti di riprovazione al punto che le consuetudini rifiutavano loro ogni azione giudiziaria (consuetudine di Parigi, art. 128), e bisognerà ritornare ad una legislazione eccezionale contro coloro che favoriscono la crapula e la corruzione della gioventù. Il male invade perfino l'infanzia! Ad ogni modo non può essere questione di privilegiarli (4). Il principio è importante per le conseguenze alle quali conduce.

Rimane ancora una difficoltà quanto al principio. Si domanda

(1) Ferrière, *Commentario*, art. 175, n. 1; Valette, p. 86, n. 69.
(2) Merlin, *Repertorio*, v. *Hôtelier*.
(3) Pont, t. I, p. 142, n. 163 e p. 143, nota 1.
(4) Troplong, n. 202.

se i locandieri sono compresi fra gli albergatori. L'affermativa non è dubbia, ben inteso se alloggiano stranieri, perchè la fornitura dell'alloggio è una somministrazione da albergatore. È vero ch'essi non forniscono gli alimenti, ma ciò non toglie che ricevano in casa loro passeggieri e viandanti. Il testo della legge è dunque loro applicabile. Essi sono albergatori in parte e non v'ha ragione di rifiutare il privilegio per la somministrazione dell'alloggio, quand'anche il locandiere non fornisca le sussistenze. Lo spirito della legge conferma questa interpretazione. Essa vuole ad un tempo assicurare il viaggio ai viaggiatori e garentire il credito a colui che li riceve, e quindi deve privilegiare quest'ultimo (1).

507. Quale è il credito privilegiato? Sono le somministrazioni dell'albergatore, ossia le somministrazioni che l'albergatore fa in tale qualità ai viaggiatori, quindi l'alloggio e il vitto. Negli alimenti si comprendono le bibite che è uso prendere a tavola. Che dovrebbe dirsi dei vini e liquori che venissero forniti all'infuori dei bisogni dell'alimentazione? Pare che gli autori li privilegino (2). A nostro avviso, queste somministrazioni non godono d'alcun privilegio, perchè non sono somministrazioni d'alimenti, ma somministrazioni da bettoliere, e queste non meritano alcun favore. Non vediamo perchè, fatte da un bettoliere o caffettiere, non sarebbero privilegiate, mentre lo sarebbero se fatte da un albergatore.

Vi ha un punto sul quale tutti sono d'accordo, cioè che le somministrazioni assolutamente estranee all'alimentazione non sono privilegiate. Si citano come esempi le anticipazioni dell'albergatore per pagare le spese che il viaggiatore facesse in città, o per soddisfare il prezzo della vettura che lo ha accompagnato (3). Questo è un prestito, e la legge non privilegia siffatto credito.

508. Quali sono i mobili che la legge destina al privilegio dell'albergatore? A termini dell'articolo 20 (cod. civ. art. 2102) sono gli effetti che il viaggiatore ha trasportati nell'albergo. 'E il trasporto nell'albergo che costituisce il pegno tacito, e il pegno comprende tutti quelli che il viaggiatore trasporta nell'albergo, sia che lo accompagnino, sia che li riceva mentre è all'albergo, sia anche che li acquisti durante il suo soggiorno. La legge non distingue; essa non esige che una cosa, cioè che gli effetti siano stati trasportati dal viaggiatore nell'albergo.

Bisogna che gli effetti appartengano al viaggiatore? Generalmente si ammette la negativa, e, crediamo, a ragione. Vi ha un motivo perentorio, cioè che la legge non esige questa

---

(1) DURANTON, t. XIX, p. 182, n. 128.
(2) PONT, t. I, p. 143, n. 164.
(3) DURANTON, t. XIX, p. 182, n. 128.

condizione, e, in materia di privilegi, non si può aggiungere alla legge. La Corte di Colmar obbietta i termini del codice. La legge dice « gli effetti del *viaggiatore* che sono stati trasportati nell'albergo » non già « gli effetti che il viaggiatore vi ha trasportati » (1). È certo che vi ha differenza fra i due modi di esprimersi. Ma l'espressione di cui il codice si serve non significa necessariamente gli effetti che sono *proprietà* del viaggiatore, indicando anche gli effetti che il viaggiatore ha in suo possesso. Il testo permette dunque due interpretazioni, e lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su quella che deve essere preferita. La causa del privilegio tronca la difficoltà. È un pegno tacito, analogo a quello del locatore. Ora, il pegno del locatore colpisce i mobili che instruiscono i luoghi locati, quand'anche non appartenessero al locatario. Dev'essere lo stesso, ed a maggior ragione, del privilegio che la legge accorda all'albergatore. Diciamo a maggior ragione, perchè il locatore potrebbe, a rigore, informarsi se i mobili appartengono al locatario, mentre l'albergatore riceve viaggiatori che non conosce e che non ha alcun mezzo di conoscere. Molto meno ancora può sapere se essi sono proprietarii degli effetti che hanno con sè. Bisogna dunque applicare al privilegio dell'albergatore quanto abbiamo detto di quello del locatore (nn. 417 e seguenti).

In applicazione degli esposti principii, si decide che l'albergatore non può reclamare il privilegio sugli effetti che non appartengono al viaggiatore se non quando è in buona fede. La legge lo dice nel conflitto fra due creditori privilegiati, il venditore non pagato e l'albergatore (art. 23). Bisogna dire altrettanto se vi è conflitto fra l'albergatore e il proprietario. È il principio dell'art. 2279 che domina questa materia; donde segue che il proprietario potrebbe, per eccezione, rivendicare la sua cosa contro l'albergatore quand'anche questi fosse in buona fede, se la cosa fosse stata rubata o smarrita. Tutti sono d'accordo su questi punti (2).

509. Perchè l'albergatore abbia un privilegio sugli effetti del viaggiatore bisogna che siano stati trasportati nell'albergo. Il privilegio è dunque inerente al possesso. Ne consegue che l'albergatore non ha alcun diritto di prelazione sugli effetti che il viaggiatore non ha trasportati nell'albergo: egli non ha altro diritto su questi effetti che il pegno generale accordato dalla legge ai creditori su tutti i beni del loro debitore. Ne consegue ancora che il privilegio dell'albergatore, al pari di quello del creditore pignoratizio, cessa col suo possesso. È una massima tradizionale. Pothier dice che gli albergatori non hanno privilegio se non sugli effetti che sono in possesso. Egli ne trae la conseguenza che

---

(1) Colmar, 26 aprile 1816 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 390). In senso contrario, Duranton, t. XIX, p. 184, n. 130, e tutti gli autori.

(2) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. III, p. 161, nota 77, § 261.

se un viaggiatore avesse alloggiato in un albergo a diverse riprese importando ad ogni viaggio i suoi effetti, l'albergatore non potrebbe esercitare il privilegio sugli effetti del viaggiatore che per le spese fatte durante il suo ultimo soggiorno (1). 'E una soluzione molto giuridica. Ad ogni viaggio nasce un diritto di pegno, e questo diritto si estingue dal momento che il viaggiatore lascia l'albergo portando con sè i suoi effetti. Non resta all'albergatore che un credito chirografario. Gli albergatori talvolta s'ingannano. In un caso in cui l'albergatore aveva egli stesso sequestrato i cavalli e la carretta d'un viaggiatore per spese d'un anteriore soggiorno di costui, fu giudicato ch'egli aveva commesso un atto arbitrario ed illegale che dava adito ad una riparazione civile. Per conseguenza la Corte lo condannò a duecento lire di danni ed interessi e mise a suo carico la spesa dei cavalli ritenuti illegalmente (2).

510. Supponiamo che gli effetti trasportati all'albergo siano stati sottratti clandestinamente o all'insaputa dell'albergatore. Ha questi il diritto di rivendicarli contro i terzi possessori? Il diritto di rivendicazione è generalmente ammesso. Gli uni lo fondano sull'art. 2279 gli altri sull'art. 2102, 1.° (legge ip. articolo 20, 1.°), che permette al locatore di rivendicare i mobili trasportati senza il suo assenso. A noi pare che in queste diverse opinioni e nelle ragioni che si dànno per giustificarle vi sia una completa confusione. Nessuno dei principii che si invocano è applicabile all'albergatore. Che dice l'art. 2279? Che colui il quale ha perduto o cui venne rubata una cosa può rivendicarla entro tre anni. Ciò suppone che gli oggetti appartengano a colui che ne fa la rivendicazione. È un'eccezione alla regola secondo la quale, in fatto di mobili, il possesso val titolo. Il proprietario non può rivendicare contro un possessore di buona fede; può farlo per eccezione in caso di perdita o di furto. Questa disposizione può essere applicata all'albergatore? Costui non è proprietario, e quindi non può rivendicare. Egli ha una specie di diritto di pegno, ma lo perde dal momento che perde il possesso. Si pretende che la sottrazione della cosa costituisce un furto del pegno, il quale dà luogo alla rivendicazione (3). Rispondiamo che le nostre leggi non conoscono questo furto del pegno, e nessuna legge permette a colui il quale non è proprietario di rivendicare la cosa.

L'albergatore può invocare il diritto di evizione che l'art. 20 (cod. civ. art. 2102, 2.°) accorda al locatore? Coloro che lo pretendono (4) dimenticano che i mobili non sono soggetti ad evizione

(1) POTHIER, *Procedura civile*, cap. II, sez. II, art. VII, § II; PONT, t. I, p. 144, n. 166, e tutti gli scrittori.

(2) Rouen, 16 messidoro anno VIII (DALLOZ, v. *Privilèges*, n. 392).

(3) VALETTE, *Privilegi*, p. 88, 3.°; PONT, t. I, p. 146, n. 167; MARTOU, t. II, p. 158, n. 506.

(4) MOURLON, *Esame critico*, t. I, p. 446, n. 144.

(art. 2119, legge ip. art. 46). Soltanto per eccezione il locatore è investito di questo diritto, e l'eccezione è unica. Non si può estenderla agli altri creditori privilegiati, quand'anche il loro privilegio fosse fondato sopra un pegno tacito, come quello del locatore. Questa estensione d'un diritto eccezionale, in materia di prigilegi, è contraria ad ogni principio. Coloro che l'ammettono sono inoltre del tutto illogici. Se si assimila l'albergatore al locatore, bisogna dire, non ch'egli ha il diritto di rivendicare gli effetti del viaggiatore sottratti ed in certo qual modo rubati, ma andare più in là e permettergli di sequestrare gli effetti del viaggiatore allorchè siano stati trasportati senza il suo assenso, quand'anche non vi fosse alcuna mala fede; e nessuno ammette una simile dottrina.

In sostanza, l'albergatore non ha il diritto di rivendicazione dell'art. 2279, perchè non è proprietario, e non ha il diritto di evizione dell'art. 2102, 1.° (legge ip. art. 20, 1.°), perchè la legge non glielo accorda (1).

511. L'albergatore ha il diritto di ritenzione? Vi è qualche dubbio, a nostro avviso. La consuetudine di Parigi accordava espressamente il diritto di ritenzione all'albergatore. Gli autori del codice hanno riprodotto la disposizione della consuetudine di Parigi senza menzionare il diritto di ritenzione. La difficoltà è dunque questa. Si può ammettere il diritto di ritenzione senza testo e per via analogica? La quistione è assai dubbia. Noi abbiamo insegnato che il diritto di ritenzione non esiste che nei casi in cui la legge lo accorda (n. 293). Generalmente si segue l'opinione contraria, e si ammette che l'albergatore ha il diritto di ritenzione come garanzia del suo privilegio. Non è esatto dire che questa garanzia sia una necessità e che senza il diritto di ritenzione il privilegio sarebbe illusorio. Infatti, l'albergatore può agire immediatamente contro il viaggiatore e invocare allora il suo privilegio contro gli altri creditori, quando vi è concorso. In realtà, il diritto di ritenzione è un diritto diverso dal privilegio. Questo non si usa che nel caso d'insolvibilità del debitore, mentre il diritto di ritenzione è un mezzo di costringerlo a pagare senza che sia insolvibile. Dunque non si può indurre il diritto di ritenzione come conseguenza del privilegio. Vi sono soltanto motivi d'analogia. Il creditore pignoratario ha il diritto di ritenzione e lo ha il depositario. Ora, l'albergatore ha un pegno tacito, e la legge lo considera come depositario necessario (2). L'analogia è incontestabile. Tuttavia rimane un dubbio in forza del carattere eccezionale del diritto di ritenzione.

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 101, nota 78, § 261.
(2) MARTOU, t. II, p. 160, n. 508; PONT, t. I, p. 145, n. 167.

§ II. — *Delle spese di trasporto.*

512. La legge accorda un privilegio al vetturale per le spese di trasporto ed accessorie (art. 20, 7.° cod. civ., art. 2102, 6.°). Quale è il fondamento di questo privilegio? Il vetturale è compreso fra i creditori detti pignoratizii, perchè hanno un pegno tacito sugli effetti mobiliari che detengono e che formano la loro sola garanzia, la necessità della loro condizione obbligandoli a trattare con persone che non conoscono. Il vetturale, sotto questo rapporto, è nella stessa posizione dell'albergatore. Anch'egli rende servizio alla società, poichè è l'agente delle relazioni commerciali. Infine il suo credito giova agli altri creditori, poichè egli trasporta le merci nei luoghi in cui devono essere vendute. Il loro valore viene aumentato col trasporto. È un profitto per la massa, ed è giusto ch'essa ne tenga conto a chi glielo procura (1).

513. Che cosa s'intende per vetturali nell'articolo 20? I vetturali sono coloro che, per professione, s'incaricano dei trasporti per terra o per acqua. Tale è il significato ordinario della parola. Nella materia dei privilegi bisogna estenderla a coloro che fanno accidentalmente un trasporto a titolo oneroso. Essi hanno un credito pel pagamento del quale contano sul valore delle cose che trasportano. 'E dunque la convenzione di trasporto che costituisce il fondamento del privilegio, e questa convenzione deve intervenire fra il vetturale e lo speditore od il destinatario.

Ne consegue che coloro i quali locano i loro cavalli al battelliere per condurre il battello non sono vetturali e non godono quindi del pirvilegio delle spese di trasporto. Essi non hanno azione diretta che contro il battelliere col quale hanno trattato, e non hanno contro il proprietario delle merci che l'azione indiretta spettante ai venditori in forza dell'art. 1166, azione il cui beneficio si divide fra tutti i creditori (2). Sarebbe lo stesso se venissero locati battelli od equipaggi al commissionario incaricato del trasporto. Quest'ultimo solo ha il privilegio, perchè è lui il vetturale. Il proprietario dei battelli è un semplice locatore (3).

514. Per quali crediti il vetturale ha un privilegio? A termini dell'articolo 20 (codice civile, art. 2102, 6.°), il privilegio è accordato per le spese di trasporto ed accessorie. Queste spese accessorie sono le riparazioni divenute necessarie durante il trasporto, per esempio le riparazioni fatte alle botti contenenti vini

---

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 161, n. 509.
(2) Nimes, 12 agosto 1812 (Dalloz, v. *Privilèges*, n. 397).
(3) Bordeaux, 16 marzo 1857 (Dalloz, 1859, 5, 308, n. 14).

ed altri liquori. Tali sono ancora i diritti di dogana, di transito o di dazio(1).

515. Quale condizione si richiede per l'esistenza del privilegio? La questione sta nel sapere se il privilegio è inerente al possesso, di modo che cessi quando il vetturale ha fatto la consegna della cosa al destinatario. Sotto l'impero del codice civile vi era controversia. La legge belga la decide conformemente ai veri principii. In generale, il possesso è dell' essenza di ogni privilegio basato sopra un pegno espresso o tacito. La legge dispone conseguentemente che il privilegio esiste finchè il vetturale ha il possesso. Tuttavia il vetturale si trova in una situazione speciale. Egli è obbligato a consegnare la cosa trasportata al destinatario affinchè questo verifichi se è giunta in buon stato, o constati, ove del caso, le avarie. Prima di questa verifica non è uso pagare le spese di trasporto. La legge ha tenuto conto di queste necessità. Essa dispone che il privilegio sussiste per le ventiquattro ore susseguenti alla consegna fatta al proprietario od al destinatario. Rimane una difficoltà. In queste ventiquattro ore il proprietario od il destinatario potranno disporre della cosa, alienarla. Che diviene allora il privilegio del vetturale? Si estingue. Il vetturale non ha il diritto di evizione più degli altri creditori privilegiati su effetti mobiliari. La conservazione del privilegio, come dice la legge, è inerente al possesso del debitore. Quando questi cessa di possedere, il privilegio si estingue (2).

516. Dal principio che il privilegio è inerente al possesso segue che il vetturale che fa più trasporti per lo stesso debitore non può esercitare il suo diritto di prelazione sulle merci se non per le spese di trasporto di queste. Se non esercita il suo privilegio nelle ventiquattro ore, il suo diritto rimane estinto. Il nuovo trasporto che farà non gli darà privilegio che per il credito che ne nascerà, ma egli non potrà reclamare quello che gli resta dovuto dei precedenti trasporti sulle merci che formano oggetto dell' ultima spedizione. Si applica al vetturale quanto abbiamo detto dell'albergatore (n. 509). Il privilegio non si estende da un trasporto all' altro, come non si estende da un viaggio all'altro (3).

Tuttavia il vetturale si trova in una condizione particolare. S'egli fa un contratto per il trasporto d'una determinata quantità di merci, con facoltà di eseguirla successivamente, le ultime merci che trasporterà saranno gravate del privilegio per la garanzia di tutto il suo credito. 'E una conseguenza dell'indivisibilità del privilegio. Tutte le merci e ciascuna parte di esse sono destinate

---

(1) Duranton, t. XIX, p. 188, n. 133.
(2) Relazione della commissione speciale (Parent, p. 35). Relazione di Lelièvre (Parent, p. 123).
(3) Vedi le testimonianze in Aubry e Rau, t. III, p. 163, nota 82, § 261. Lelièvre, *Relazione* (Parent, p. 123).

al credito totale del vetturino, perchè non vi ha che un credito e un sol privilegio. Sarebbe altrimenti se il vetturale facesse per lo stesso speditore diversi trasporti di merci. Vi sono, in questo caso, altrettanti crediti quanti sono i trasporti, e altrettanti privilegi diversi quanti sono i crediti. I privilegi s' estingueranno ad ogni rimessa degli effetti trasportati. Le merci trasportate per ultimo non risponderanno che delle spese dell' ultimo trasporto.

Così è stato giudicato da un'ottima sentenza della Corte di Rouen. L'amministrazione della ferrovia da Parigi a Rouen si era obbligata a trasportare, ogni anno, da cinque a sei mila pezzi di pietra di granito, in ragione di diecimila franchi al pezzo di mille chilogrammi. Durante il corso del contratto, lo speditore fallì. Restava dovuta alla compagnia una somma di duemilaseicentocinquantuna lire. Essa poteva avere per questo titolo un privilegio sui graniti che le erano stati consegnati da ultimo. Queste pretese non furono accolte. La Corte di Rouen ammette che il privilegio esiste, per tutte le spese della cosa trasportata, sopra una parte soltanto di questa cosa rimasta nelle mani del vetturale, in applicazione del principio che il privilegio essendo indivisibile colpisce tutte le merci trasportate, ciascuna di esse e ciascuna parte del carico. Ma il vetturale non può mai reclamare il privilegio sulla merce se non in quanto essa faccia parte del carico che gli è affidato. Ora, nella specie, non si trattava del trasporto d'una determinata quantità di merci. Il trasporto aveva luogo successivamente ed ogni volta per quantità diverse. Quello che prova che ogni trasporto costituiva un credito diverso si è che la società consegnava una lettera di vettura per ciascun viaggio. Invano la società invocava la convenzione che regolava le condizioni del trasporto per tutte le combinazioni che si facessero. La Corte risponde che questa convenzione aveva regolato soltanto il prezzo del trasporto per un certo numero d'anni, ma non vi era alcuna convenzione per una certa parte di granito messa a disposizione attuale dell'amministrazione. Era lo speditore che regolava secondo le sue convenienze la quantità di merci che doveva essere trasportata per ogni convoglio. Non vi era dunque una convenzione unica per un unico trasporto, che l'amministrazione avesse potuto fare successivamente. Vi era un accordo sul prezzo e sulle quantità da trasportarsi annualmente, di modo che ogni trasporto generava un credito a vantaggio dell'amministrazione, e per conseguenza un privilegio. Ma questo privilegio non garantiva che le spese di trasporto di ogni convoglio e si estingueva colla consegna delle merci al destinatario. Invece d'esercitare il suo privilegio per ogni trasporto, la società apriva un credito allo speditore. In altri termini, il suo credito diveniva un credito ordinario, pel quale essa veniva a contribuzione cogli altri creditori. Il solo credito che restasse privile-

giato era quello degli ultimi trasporti, la società essendo ancora in possesso dei graniti. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto (1).

§ VII. — *Dei crediti per abuso e prevaricazioni.*

517. L'art. 20, n.° 8 (codice civile, art. 2102, 7.°) porta: « Sono privilegiati i crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dagli ufficiali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni sui valori dati per malleveria e sugli interessi che ne fossero dovuti ». Vi hanno pubblici funzionarii od ufficiali ministeriali che devono dare una cauzione per garanzia dei privati costretti a ricorrere al loro ministero. Quali sono gli ufficiali o funzionarii tenuti a dare una cauzione? Si crederebbe che su questo punto non possa esservi incertezza, occorrendo una legge perchè la cauzione sia obbligatoria. Vi sono leggi, ma non si eseguiscono, e non si sa se siano ancora in vigore (2).

I conservatori delle ipoteche devono dare una cauzione, la quale è destinata specialmente alla loro responsabilità (legge del 21 ventoso anno VII, art. 8). Ritorneremo su questa responsabilità, spiegando il capo della legge ipotecaria che ne tratta.

Secondo la legge del 25 ventoso anno XI (art. 33) anche i notai sono tenuti a dare una cauzione, destinata alla garanzia delle condanne pronunciate contro di loro in conseguenza dell'esercizio delle loro funzioni. Un decreto del principe sovrano dei Paesi Bassi del 27 luglio 1814 dispensa i notai da quell'obbligo. Esso è stato emanato per le provincie settentrionali, e non essendo stato pubblicato nel Belgio, non vi ebbe mai forza obbligatoria. È vero che un decreto del re dei Paesi Bassi del 19 giugno 1816 estendeva la dispensa alle provincie meridionali, ma, al momento della pubblicazione di questo decreto, il re non aveva più altri poteri che quelli che gli dava la legge fondamentale, ed essa non gli attribuiva certamente il diritto d'abrogare le leggi. Il decreto è dunque illegale e nullo, eppure lo si osserva ancora. 'E una disgraziata innovazione. Bisognerebbe piuttosto dare nuove garanzie alle parti interessate anzichè togliere quelle che la legge accordava loro.

Anche i procuratori, gli uscieri ed i cancellieri erano obbligati a prestare una cauzione (legge del 27 ventoso anno VIII). Quest'obbligo non è adempito. Si pretende che i procuratori, essendo stati sottoposti ad un diritto di patente (legge 11 feb-

---

(1) Rouen, 5 giugno 1847, e rigetto, 13 febbraio 1849 (DALLOZ, 1849, 2, 135, e 1849, 1, 156).
(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 165, n. 515.

braio 1816), siano per ciò stesso dispensati dalla cauzione. Ciò non ha senso. La patente offre forse una garanzia ai litiganti contro i procuratori che si rendono colpevoli d'abusi e di prevaricazioni? Quanto agli uscieri ed ai cancellieri, ignoriamo sotto qual pretesto essi si siano sottratti ad una obbligazione legale che, per quanto noi sappiamo, non è mai stata revocata. L'illegalità è una via pericolosa. Una volta incamminati in essa, non vi ha più limite al quale arrestarsi.

Gli agenti di cambio e i mediatori di commercio erano tenuti a prestare una cauzione, in forza della legge del 28 ventoso anno IX. Essi hanno cessato d'essere pubblici ufficiali. La legge li dichiara, a dir vero, responsabili, ma è il diritto comune degli articoli 1382 e 1383, e coloro che trattano con essi non hanno alcuna garanzia particolare (legge del 30 dicembre 1867).

Anche i contabili delle pubbliche ammministrazioni sono tenuti a dare una cauzione. La legge del 6 ventoso anno XIII ha dichiarato applicabili ai ricevitori ed agli altri contabili pubblici o preposti alle amministrazioni le norme che reggono le cauzioni date dai funzionarii ed ufficiali che la legge assoggetta a questa garanzia.

518. La legge ipotecaria destina la cauzione con privilegio ai crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai pubblici funzionarii nell'esercizio delle loro funzioni. Ne consegue che il privilegio per abusi e prevaricazioni non esiste per tutti i crediti che un privato potesse avere contro funzionarii sottoposti a cauzione. La legge ha voluto garantire i terzi dal danno che recano loro questi funzionarii nell'esercizio delle loro funzioni, perchè sono costretti di rivolgersi a loro. 'E quello che si chiama *faits de charge*. Se il fatto pel quale un funzionario incorre in danni ed interessi è estraneo alla sua funzione, è evidente che la parte lesa non avrà privilegio: essa non può invocare nè il testo nè lo spirito della legge. Anzi, quand'anche il funzionario avessse agito come tale, ma non nell'esercizio delle sue funzioni, commettendo un atto illegale, non vi sarebbe luogo a privilegio. Non si può dire che un simile atto sia stato commesso nell'esercizio delle sue funzioni, le funzioni pubbliche non consistendo nel commettere illegalità. Pare a prima vista cosa ingiusta. La parte lesa ha una garanzia contro la negligenza del funzionario, non ne ha contro la prevaricazione, quando egli abusa della sua qualità di funzionario per ingannare persone ignoranti. Eppure questa distinzione si spiega. La legge non ha inteso privilegiare che i crediti ai quali dànno luogo gli atti per cui i privati sono obbligati di ricorrere ai funzionarii che la legge investe esclusivamente d'una parte della giurisdizione volontaria. Quando il funzionario fa un atto all'infuori delle sue funzioni, i terzi che si rivolgono a lui sono essi medesimi colpevoli d'imprudenza. Non possono dire che erano costretti di ricorrere al funzionario che li ha ingannati, perchè dovevano sapere che questo funzionario non aveva il diritto di fare quello che ha

fatto. Senza dubbio la legge avrebbe potuto e forse dovuto estendere il privilegio ai danni ed interessi derivanti da atti illegali, ma essa lo ha limitato agli atti legali donde risulta un danno, e, in materia di privilegi, tutto è della più stretta interpretazione (1).

519. Su che si esercita il privilegio? Esso cade sul capitale della cauzione e sugli interessi che ne fossero dovuti. Le somme che il funzionario deve versare a titolo di cauzione sono depositate alla cassa dei depositi, che ne passa l'interesse al tasso stabilito dalla legge. La cauzione è dunque un pegno reale, di cui il pubblico tesoro è detentore nell'interesse dei terzi.

520. La cauzione è destinata anche ad un privilegio che viene in seconda linea a vantaggio dei sovventori che hanno somministrato denari al funzionario. Essi hanno anticipato i loro capitali per una destinazione particolare e d'interesse pubblico. 'E dunque giusto che la cauzione serva loro di pegno per il loro rimborso (legge del 25 nevoso anno XIII) (2).

Art. 3. — Dell'ordine dei privilegi mobiliari in caso di concorso fra loro.

521. Il codice Napoleone si limita a regolare l'ordine dei privilegi generali sui mobili, quando vi ha concorso di parecchi di questi crediti (art. 2101).

Esso contiene soltanto due disposizioni particolari sul grado dei privilegi che gravano determinati mobili (art. 2102, n. 2 e n. 4). Il codice non stabilisce alcuna regola sul conflitto dei privilegi generali e dei privilegi speciali, donde lunghe e vive controversie. Sull'ultima questione specialmente vi era una grande diversità d'opinioni. Bisognava dare la preferenza ai privilegi generali per la loro generalità, o bisognava dare la preferenza ai privilegi speciali per la loro specialità? Infine non dovevasi accordare la preferenza nè agli uni nè agli altri e decidere la difficoltà in ogni caso, fondandosi sulla qualità del credito? Ciascuno di questi sistemi aveva i suoi fautori. L'ultimo sembrava consacrato dalla legge, perchè l'art. 2096 dispone: « Fra i creditori privilegiati la prelazione si regola a seconda delle diverse qualità dei privilegi ». Ma come apprezzare queste qualità? Avrebbe dovuto farlo il legislatore, perchè è lui che determina la qualità in forza della quale un credito è privilegiato. Ma il codice taceva sulla qualità relativa dei privilegi generali e dei privilegi speciali, come non diceva nulla sull'ordine dei

(1) Pont, t. I, p. 149, n. 171. Aubry e Rau, t. III, p. 167, nota 87, § 261. Cfr. Algeri, 24 maggio 1858 e rigetto, 25 gennaio 1859 (Dalloz, 1859, 1, 221).

(2) Pont, t. I, p. 151, n. 174; Martou, t. II, p. 168, n. 517.

privilegi speciali quando concorrono fra loro. Nel silenzio della legge, il giudice doveva stimare i privilegi secondo la loro causa, ma non tracciandogli il legislatore alcuna regola, ne risultava l'incertezza e l'arbitrio.

La nuova legge ha colmato la lacuna. Dopo aver ricordato le due opinioni che dividevano la giurisprudenza in quanto concerne l'ordine dei privilegi generali e dei privilegi speciali, la commissione speciale dice nella sua relazione: La commissione non ha adottato in modo assoluto nè l'uno nè l'altro di questi due sistemi. 'E impossibile decidere la questione di preferenza colla sola considerazione sia della generalità degli uni, sia delle specialità degli altri, poichè queste qualità non sono la conseguenza del grado di favore che la legge attribuisce a queste due classi di privilegi, ma il risultato della natura stessa dei crediti pei quali essi sono stabiliti. Queste qualità non possono dunque avere alcuna influenza sul loro ordine il quale non deve determinarsi che secondo il carattere più o meno favorevole del credito e non secondo la generalità o la specialità dei privilegi. 'E quello che decise la commissione a dare la preferenza, in caso di concorso di privilegi mobiliari, ora ai privilegi generali ed ora ai privilegi speciali.

La nuova legge ha basato l'ordine dei privilegi sulla loro qualità, astrazion fatta dalla loro generalità o dalla loro specialità. Tuttavia questo principio ricevette una notevole restrizione. Dopo aver regolato l'ordine relativo dei privilegi generali e dei privilegi speciali, la legge soggiunge (art. 26): « Gli altri privilegi generali sono vinti dai privilegi speciali ». Cosi la legge belga ammette, in un certo limite, la preferenza dei privilegi speciali sui privilegi generali. Quale ne è la ragione? Supponiamo che non vi sia alcun motivo per accordare la preferenza a certi privilegi generali sui privilegi speciali. In questo caso, i privilegi speciali prevalgono per le loro specialità. La preferenza si giustifica colla considerazione che il privilegio speciale è un'eccezione che la legge apporta alla regola dei privilegi generali. Questi gravano tutti i mobili ad eccezione dei mobili destinati a determinati crediti. 'E questo un argomento logico che non manca di pregio, ma si avrebbe torto di accordargli un valore assoluto. Ritorneremo sulla disposizione dell'art. 26, che è stata censurata da tutti gli interpreti della legge ipotecaria, precisamente perchè tronca in termini troppo assoluti una difficoltà la quale non può essere decisa che in ogni singolo caso.

§ I. — *Dell'ordine dei privilegi generali fra loro.*

522. I crediti privilegiati sulla generalità dei mobili si esercitano nell'ordine determinato all'art. 19 (codice civile, art. 2101). Più crediti possono trovarsi nello stesso ordine, per esempio, i

diversi creditori che hanno diritto ad un privilegio per spese d'ultima malattia o per somministrazione d'alimenti. Si applica, in questo caso, l'art. 14, a termini del quale i creditori privilegiati che hanno lo stesso ordine sono pagati per concorrenza. Ritorneremo su questa disposizione.

523. Vi ha un privilegio generale che viene anteposto non solo agli altri privilegi generali, ma anche ai privilegi speciali, e perfino, come diremo più avanti, ai privilegi sugli immobili. Sono le spese di giustizia, ma la preferenza non è assoluta. L'art. 21 che dà il primo ordine a questo privilegio, vi porta nel tempo stesso una restrizione: « Le spese di giustizia sono anteposte a tutti i crediti nell'interesse dei quali sono state fatte ». Questa preferenza deriva dal privilegio stabilito dall'art. 17, il quale reca: « Le spese di giustizia sono privilegiate sui mobili e gli immobili a riguardo di tutti i creditori nell'interesse dei quali sono state fatte ». Quale è la ragione di questa preferenza? Le spese di giustizia sono spese necessarie che i creditori devono fare e che devono, per conseguenza, sopportare. Questa ragione si applica tanto ai creditori privilegiati quanto ai creditori chirografarii, perchè anche i primi devono fare spese per conservare il loro privilegio, per liquidarlo e per riscuoterne il valore. Dunque le spese di giustizia devono essere anteposte ai privilegi nell'interesse dei quali sono fatte. Questa preferenza, per sua natura, non è assoluta. Vi sono spese di giustizia che giovano a certi creditori e non giovano agli altri. Esse saranno anteposte ai primi e non lo saranno ai secondi. L'ordine è relativo, perchè relativa ne è la causa. Quanto abbiamo detto della causa del privilegio delle spese di giustizia si applica dunque all'ordine che la legge gli assegna.

§ II. — *Concorso di privilegi generali coi privilegi su determinati mobili.*

524. « Le spese fatte per la conservazione della cosa sono anteposte ai privilegi anteriori » (art. 22). Quale è la ragione di questa preferenza? Le spese di conservazione sono una spesa necessaria, senza la quale gli oggetti gravati dei privilegi anteriori sarebbero periti. 'E in grazia di queste spese che i creditori possono esercitare il loro privilegio. 'E giusto ch'essi sopportino una spesa che ha conservato il loro diritto, vale a dire che il loro privilegio sia posposto a quello delle spese di conservazione (1). Questo privilegio merita dunque il primo grado, ma è un grado relativo, come la causa che lo determina. Le spese di conservazione sono estranee ai creditori il cui privi-

(1) D'ANETHAN, *Relazione al senato* (PARENT, p. 407).

legio non cade sui mobili che furono conservati, e quindi non può essere loro anteposto il creditore delle spese di conservazione. Quali sono dunque i creditori ai quali è anteposto il privilegio di queste spese? I creditori privilegiati sulla generalità dei mobili, perchè il loro diritto di prelazione s'estende necessariamente ai mobili conservati, e i creditori privilegiati specialmente sugli oggetti mobiliari che vennero conservati dal creditore delle spese necessarie. Tali sono i creditori pignoratizii, i locatari, albergatori e vetturali. Non si deve più distinguere, come si faceva sotto l'impero del codice civile, se il creditore anteriore abbia conosciuto o ignorato le spese di conservazione. Il legislatore avrebbe forse fatto bene ad esigere che il creditore di queste spese ne avvertisse il locatore, per esempio, perchè questi potesse stipulare nuove garanzie, ma non l'ha fatto, e, considerato in sè stesso, il credito delle spese di conservazione merita il favore che la legge gli accorda (1).

525. Dicendo che le spese di conservazione sono anteposte ai privilegi anteriori, la legge statuisce implicitamente che non sono anteposte ai privilegi posteriori. Ecco un argomento *a contrario*, è vero, che, per sè stesso, non ha gran valore, ma qui esso s'appoggia sui principii, quali erano ammessi sotto l'impero del codice civile. Se chi conserva i mobili è anteposto ai privilegi anteriori, ciò avviene perchè egli ha agito nel loro interesse. Ora, non si può dire dell'operaio che fa spese necessarie sopra un mobile ch'egli conserva i privilegi che nascono più tardi, perchè è impossibile conservare diritti che non esistono. La redazione primitiva dell'art. 22 indicava questa differenza fra i privilegi anteriori e i privilegi posteriori. Esso era così concepito: « Coloro che hanno fatto spese per la conservazione della cosa *non hanno preferenza che sui creditori che avevano* su questa cosa un diritto di privilegio anteriore ». La redazione attuale esprime la stessa idea, e tale fu pure il pensiero degli autori della legge. Si legge nella relazione di d'Anethan al senato: « Se, dopo che la cosa è stata conservata, vengano creati altri privilegi, questi nuovi creditori non devono vedere i loro diritti ridotti dal pagamento privilegiato di spese anteriori ch'essi hanno potuto ignorare » (2).

526. Se il privilegio delle spese di conservazione non è anteposto ai privilegi posteriori, si deve conchiuderne che sia posposto ad essi? Si potrebbe dirlo argomentando *a contrario* dall'art. 22 che abbiamo spiegato. L'argomentazione sarebbe cattiva, perchè in opposizione col testo medesimo dell'art. 22, il cui secondo alinea stabilisce che le spese di conservazione sono sempre anteposte a certi privilegi generali. Non vi ha dunque su questo punto una regola assoluta. Bisogna distinguere anzitutto se le

---

(1) MARTOU la critica (t. II, p. 175, n. 522). Cfr. VALETTE, p. 156, n. 116.

(2) D'ANETHAN, *Relazione* (PARENT, p. 407). Cfr. TROPLONG, n. 62.

spese di conservazione sono in conflitto con privilegi speciali o se sono in concorso con privilegi generali.

L'operaio che ha fatto lavori necessarii può trovarsi in conflitto col creditore pignoratizio, col locatore, l'albergatore o il vetturale. A chi spetterà la preferenza? Ai creditori pignoratizii. Diremo più avanti ch'essi sono anteposti al venditore, ed anche alle spese funerarie, il più favorito dei privilegi. A maggior ragione devono essere anteposti al creditore delle spese di conservazione. Questa preferenza dipende dalla natura del loro diritto. Essi non hanno trattato che sotto la condizione d'una garanzia speciale, e quindi devono godere di questa garanzia completamente. Tuttavia bisogna tener conto d'una restrizione. I creditori pignoratizii sono anteposti al venditore a condizione che siano in buona fede. Dev'essere lo stesso quando si trovano in conflitto coll'operaio. Bisogna ch'essi abbiano ignorato il privilegio delle spese di conservazione al momento in cui il pegno è sorto. La relazione della commissione del senato che abbiamo citato più sopra (n. 525) conferma questa interpretazione, perchè suppone che i creditori posteriori alle spese di conservazione possono ignorare l'esistenza di questo privilegio. Se lo conoscono, non possono più contare sull'intiero valore d'una cosa che è già gravata d'un privilegio, e quindi devono subire il privilegio anteriore (1).

L'operaio che ha fatto lavori necessarii può trovarsi in concorso anche con privilegi generali posteriori. Su questa ipotesi abbiamo una disposizione di legge. Il secondo alinea dell'art. 22 stabilisce che le spese di conservazione sono anteposte, *in tutti i casi*, ai privilegi compresi negli ultimi tre numeri dell'art. 19. Così le spese d'ultima malattia, i salarii dei domestici, commessi ed operai e le somministrazioni d'alimenti sono sempre posposte alle spese di conservazione, anche quando siano state fatte prima che nascessero questi privilegi generali. Una preferenza così assoluta fu gravemente censurata. Fra i privilegi generali che si vedono posposti alle spese di conservaziane si trovano le somministrazioni d'alimenti e le spese d'ultima malattia. Può esservi un privilegio più favorevole? Anch'esso è un privilegio di conservazione, perchè conserva la vita del debitore, e chi conserva la vita del debitore non merita maggior riguardo di chi conserva un mobile? (2).

Gli altri privilegi generali posteriori alle spese di conservazione sono le spese funerarie e quelle di giustizia. Quanto alle spese di giustizia, esse sono anteposte al privilegio di conservazione, se vennero fatte nell'interesse di tale privilegio: le spese funerarie sono anteposte a tutti gli altri privilegi, come diremo più avanti (art. 25) (3).

---

(1) MARTOU, t. II, p. 176, n. 522. Cfr. CLOES, t. I, p. 357, n. 619.
(2) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 177, n. 527.
(3) CLOES, *Commentario*, t. I, p. 357, n. 618.

527. Il privilegio delle spese funerarie, dice l'art. 25, prevale a tutti gli altri privilegi. Questa preferenza si spiega colla causa del credito privilegiato. È il solo privilegio che sia stabilito nell'interesse pubblico, e l'interesse della società deve prevalere su quello dei privati. Ma questa preferenza non è giusta che quando le spese funerarie non eccedono la necessità sociale che ha fatto loro accordare un privilegio (nn. 357 e 360).

La preferenza accordata al privilegio delle spese funerarie non è così assoluta come pare. L'art. 25 vi porta parecchie restrizioni di modo che la natura dei crediti ai quali le spese funerarie concorrono esercita un'influenza sull'ordine di questo privilegio, come influisce sull'ordine di tutti i crediti privilegiati. Anzitutto le spese funerarie sono posposte alle spese di giustizia, preferenza certo legittima, poichè si suppone che le spese di giustizia siano state fatte nell'interesse del creditore delle spese funerarie. In secondo luogo le spese funerarie sono posposte alle spese fatte posteriormente per la conservazione della cosa. È l'applicazione della regola generale stabilita dall'art. 22 (n. 524). Infine le spese funerarie sono posposte anche ai privilegi dell'albergatore, del vetturale e del creditore pignoratizio. La ragione si è che il pegno espresso o tacito sul quale si fondano questi privilegi deve assicurare loro una completa garanzia, altrimenti i creditori sarebbero ingannati, perchè essi hanno trattato e dovuto trattare sulla fede di questa garanzia speciale. La legge non nomina, fra i creditori cosidetti pignoratizii, il locatore il cui privilegio è pur fondato sopra un pegno tacito. Vi è una ragione di questa apparente anomalia? Il locatore ha un privilegio molto più esteso di quello degli altri creditori pignoratizii: trattasi quasi di un *privilegio generale*, perchè cade su tutto quanto guarnisce la cosa o il fondo locata, mentre il privilegio del creditore pignoratizio è limitato all'oggetto dato in pegno, oggetto il cui valore è d'ordinario relativo all'importo del credito; di modo che il creditore sarebbe in perdita se si vedesse posposto alle spese funerarie. Vi ha una considerazione analoga in favore degli albergatori e dei vetturali, il cui pegno è pure limitato a certi oggetti. Il pegno del locatore, al contrario, eccede ordinariamente l'importo del suo credito. La legge poteva dunque senza ingiustizia preferirgli le spese funerarie, sempre supponendo che queste spese non eccedano quanto è richiesto dalle necessità sociali (1).

La legge fu un'eccezione alla disposizione eccezionale che abbiamo spiegato. Essa comincia collo stabilire come regola che le spese funerarie sono preferite a tutti i privilegi: poi enuncia tre eccezioni alla regola. La terza dà la preferenza ai creditori pignoratizii sulle spese funerarie, ma colla restrizione seguente:

---

(1) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 188, n. 512.

« In quanto a questi non sia preferito il venditore dell'oggetto dato in pegno ». Il venditore è preferito ai creditori pignoratizii quando questi sapevano, ricevendo la cosa, che ne era ancora dovuto il prezzo. Ora le spese funerarie prevalgono sempre al venditore. Essendo preferite al venditore che è anteposto ai pignoratarii, esse dovevano essere preferite anche a questi. È l'applicazione del vecchio adagio : *Qui vincit vincentem te, te quoque vincit.* Il creditore delle spese funerarie fa questo ragionamento: io sono preferito al venditore, il quale è preferito ai creditori pignoratizii, e quindi devo essere preferito anche a costoro.

§ III. — *Del concorso dei privilegi speciali fra loro.*

528. La legge non prevede tutti i casi possibili di concorso fra i privilegi speciali. Questi privilegi sono in numero di otto. A non consultare che la cifra, potrebbero presentarsi numerosi conflitti fra i creditori privilegiati su certi mobili. Ma questi conflitti non sorgono nella vita reale; era inutile prevederli, bastava regolare il concorso usuale. Le disposizioni che la legge contiene su certi casi serviranno al giudice d'argomento analogico per decidere difficoltà rarissime che la legge non ha prevedute.

529. « Il creditore pignoratizio, l'albergatore e il vetturale sono preferiti al venditore dell'oggetto mobiliare che serve loro di pegno, a meno che non abbiano saputo, ricevendolo, che ne era ancora dovuto il prezzo ». Abbiamo già detto quale è la ragione del favore che la legge dimostra ai creditori cosidetti pignoratizii (n. 527). Essi sono preferiti anche al proprietario, poichè il loro privilegio cade sopra oggetti che non appartengono al debitore. Basta che il debitore li possegga perchè sieno colpiti dal privilegio dei creditori pignoratizii, il quale si fonda sul possesso. Possedendo le cose che servono loro di pegno essi sono al coperto dalla rivendicazione del proprietario in applicazione del principio che in fatto di mobili il possesso val titolo. Per la identica ragione essi devono trovarsi al coperto dell'azione d'un creditore privilegiato, quale il venditore, non potendo il privilegio avere maggior effetto della proprietà.

Si è preteso che il conflitto tra il venditore e i creditori pignoratizii fosse impossibile. Infatti, dice Troplong, perchè il venditore abbia un privilegio, bisogna che il compratore possegga la cosa. Ora, se il compratore la dà in pegno, è il creditore pignoratizio che la possiede. Dunque il venditore non ha più il suo privilegio, e quindi non potrebbe esservi concorso fra lui e i creditori pignoratizii. Abbiamo già risposto all'obbiezione. Il compratore che dà la cosa in pegno non perde il possesso, ma continua a possedere come proprietario; il che non toglie che il creditore pignora-

tizio possegga in forza del suo diritto reale. Vi sono dunque due possessi che concorrono, e quindi possono esservi due privilegi fondati ciascuno sul possesso. La nostra legge decide ciò implicitamente, perchè non avrebbe regolato la preferenza fra due privilegi se i privilegi non avessero potuto concorrere (1).

La preferenza dei creditori pignoratizii sul venditore, fondata in diritto, è fondata anche in equità. Il relatore della commissione del senato lo ha osservato: « È conveniente, dice il d'Anethan, preferire il creditore pignoratizio, l'albergatore e il vetturale al venditore. Questi ha potuto prendere precauzioni che non comporta la natura delle operazioni fatte da quelli ». Quali sono queste precauzioni che il venditore può prendere per conservare il suo privilegio contro i creditori pignoratizii? L'articolo 23 mette una condizione alla preferenza ch'esso accorda a questi ultimi sul venditore, cioè che non abbiano saputo, ricevendo la cosa, che ne era pagato il prezzo, vale a dire che siano stati in buona fede. Se sapevano che ne fosse dovuto il prezzo, sarà loro preferito il venditore, perchè allora essi sono in mala fede. Ora, il loro privilegio, come l'ordine che la legge vi attribuisce, si fondano sul possesso di buona fede ch'essi possono opporre ad ogni terzo che agisce in forza d'un diritto reale, anche al proprietario. È l'applicazione della regola dell'art. 2279, che ha sì gran parte nella materia dei privilegi mobiliari. Ne risulta che il venditore non soddisfatto ha un mezzo semplicissimo per tutelare il suo diritto a riguardo dei creditori pignoratarii, ed è di far loro conoscere l'esistenza del suo privilegio.

Non si dovrebbe conchiudere da ciò che il venditore debba necessariamente far conoscere il suo privilegio ai creditori pignoratizii per impedir loro di essergli preferiti. La legge non lo dice. Basta, secondo il testo, che i creditori pignoratizii abbiano saputo che il prezzo della cosa data loro in pegno era ancora dovuto perchè non possano opporre il privilegio al venditore. La legge non dice in qual modo essi devono acquistare la conoscenza di questo fatto, e quindi basta che l'apprendano con un mezzo qualunque. Rimane la difficoltà della prova. Spetta al venditore che reclama il suo privilegio contro i creditori pignoratizii provare che questi sapevano che il prezzo della cosa era ancora dovuto. Come darà egli questa prova? Secondo il diritto comune, poichè la legge non vi deroga. Diremo più avanti quale è questo diritto comune, spiegando il secondo alinea dell'art. 23.

Supponiamo che i creditori pignoratizii ignorassero, ricevendo la cosa, che ne era ancora dovuto il prezzo. Più tardi l'apprendono, per esempio, mercè una notifica da parte del venditore. Conserveranno essi tuttavia il privilegio contro il venditore? Il testo

(1) Martou, *Commentario*, t. II, p. 178, n. 528.

decide la questione. I creditori pignoratizii non sono considerati di mala fede se non quando sapevano, *ricevendo la cosa*, che il venditore non era pagato. Se in quel momento essi erano in buona fede, il loro privilegio ha vita, e, per conseguenza, vanno preferiti al venditore. La notifica che il venditore facesse posteriormente non può togliere loro un diritto acquisito (n. 259).

530. « Il privilegio del venditore non si esercita che dopo quello del proprietario della cosa o del fondo, a meno che, al momento del trasporto dei mobili nei luoghi locati, il venditore non abbia fatto conoscere al locatore che non ne era sato pagato il prezzo » (art. 23). Perchè la legge dà la preferenza al locatore sul venditore? Il motivo giuridico è lo stesso di quello che abbiamo dato per giustificare la preferenza dei creditori pignoratizii (n. 529); si può anzi dire che le due ipotesi sono identiche, perchè il locatore ha un pegno tacito al pari dell'albergatore e del vetturale. Il legislatore avrebbe dunque potuto comprendere il secondo alinea nel primo. Tuttavia esso ha stabilito una differenza che è difficilissimo spiegare come diremo più avanti. Anche in favore del locatore militano considerazioni di equità. Vennero esposte dal relatore della commissione del senato: « Il venditore, dice il d'Anethan, non può conservare il suo privilegio che quando l'oggetto venduto è ancora in possesso del debitore. La prudenza gl'impone dunque d'assicurarsi del luogo in cui si trova depositato, e se l'oggetto è depositato in una casa locata, la buona fede vuole ch'egli avverta il locatore che l'oggetto non è pagato. Il locatore al contrario non ha la stessa facilità per ricercare se i mobili che guarniscono la sua casa sono o non sono pagati, e quindi è equo che la legge venga in suo aiuto » (1).

531. La preferenza accordata al locatore suppone ch'egli sia possessore di buona fede, perchè dal punto di vista giuridico, questa prelazione è una conseguenza della regola che in fatto di mobili il possesso val titolo, e la regola implica che colui il quale invoca il suo possesso contro la proprietà o contro un diritto reale sia di buona fede. In massima, la buona fede è una questione di fatto. Bisognerebbe dunque dire che il locatore cessa d'essere di buona fede, in qualunque modo egli abbia appreso che i mobili che guarniscono i luoghi locati non sono stati pagati. La legge sembra derogare a questo principio, esigendo che, all'atto del trasporto dei mobili nei luoghi locati, il *venditore abbia fatto conoscere al locatore* che non ne era stato soddisfatto il prezzo. Si deve conchiuderne che il venditore debba fare una notificazione al locatore? La questione è controversa. A nostro avviso vi sono due difficoltà nell'applicazione dell'art. 23. Anzitutto si tratta di sapere in qual modo, da chi il locatore ha avuto conoscenza del fatto che il

(1) D'Anethan, *Relazione* (Parent, p. 407).

venditore non è pagato. Poi di conoscere come il venditore proverà che il locatore sapeva, all'atto del trasporto dei mobili, che ne restava dovuto il prezzo.

Quanto alla prima questione, essa è decisa dal testo della legge. Il codice esige espressamente che il *venditore abbia fatto conoscere al locatore* che i mobili trasportati nei luoghi locati non erano pagati. Non basta dunque che il locatore l'abbia appreso da un terzo, è al venditore che incombe l'obbligo di portare questo fatto a conoscenza del locatore. La relazione della commissione del senato è concepita in tal senso (n. 530), e il relatore della commissione della camera dei rappresentanti è ancora più esplicito. Esso esige che il venditore faccia una notifica al locatore. Su questo punto facciamo le nostre riserve. Quello che conferma simile interpretazione si è che il legislatore belga ha tolto al codice civile la disposizione dell'art. 23, che dà al locatore la preferenza sul venditore, ma l'ha riprodotta modificandola. L'art. 2102, 4.°, è così concepito: « Il privilegio del venditore non si esercita però che dopo quello del proprietario della casa o del fondo, a meno che non sia provato che il proprietario *aveva conoscenza* che i mobili instruenti la sua casa o il suo fondo non appartenevano al locatario ». Così il codice civile si contentava del fatto che il locatore sapesse che il locatario non era proprietario, mentre la legge ipotecaria vuole che, al momento del trasporto dei mobili nei luoghi locati, il venditore faccia conoscere al locatore che ne resta dovuto il prezzo. Questo cambiamento di redazione è significativo, e concorda colle spiegazioni date dalle commissioni delle due camere. Ci pare impossibile, specialmente in materia dei privilegi, allontanarsi ad un tempo dal testo della legge e dei lavori preparatorii. Rimane a sapere se la condizione richiesta dalla legge ha una ragione d'essere. È certo che in massima il semplice fatto che il locatore sa che resta dovuto il prezzo dei mobili dovrebbe bastare. Rimandiamo a quanto si è detto intorno al privilegio del locatore (n. 421 e seg.). La legge stessa applica il principio al concorso del venditore coi creditori pignoratizii. Essa non esige che il venditore faccia conoscere il suo privilegio a costoro: è sufficiente che questi abbiano saputo, ricevendo la cosa, che ne restava ancora dovuto il prezzo. Perchè la legge stabilisce, nel secondo alinea, un principio diverso da quello che segue nel primo, quando in entrambe le disposizioni si tratta di creditori pignoratizii? Vi è una spiegazione di simile apparente anomalia. Il venditore può sapere molto facilmente se i mobili che vende sono trasportati in una casa locata, e quindi la legge può esigere da lui che avverta il locatore dell'esistenza del suo privilegio, mentre la cosa è più difficile per gli effetti del viaggiatore e per quelli che sono consegnati ad un vetturale. È una considerazione di fatto non priva di valore in una materia governata dall'equità. Del resto, si ammetta o non si ammetta tale spiegazione, ad ogni modo il testo è formale, e non si può allontanarsi dal testo in tema di privilegi.

Bisogna soggiungere che è al momento del trasporto dei mobili nei luoghi locati che il venditore deve far conoscere al locatore che non ne fu soddisfatto il prezzo. Se, in quel momento, egli tace, il privilegio del locatore prevarrà su quello del venditore. Il testo è formale, e in materia di privilegi, tutto è di rigore. Così fu giudicato in un caso in cui il venditore si era riservata la proprietà fino al pagamento del prezzo. Il venditore invocava la clausola per rivendicare l'oggetto venduto. Era disconoscere il principio dell'art. 2279, che non permette la rivendicazione contro un possessore di buona fede (1).

532. Diversa è la questione di sapere come il venditore proverà di aver fatto conoscere al locatore che il prezzo dei mobili non era pagato. Qui riprende il suo impero il diritto comune. È al venditore che incombe la prova, poichè egli reclama il privilegio contro il locatore. La legge non dice come si darà la prova. Essa si riferisce per ciò stesso ai principii generali che il codice ha stabiliti al titolo delle *Obbligazioni*. La difficoltà sta nel sapere se sia necessaria una notificazione. No, e non ci pare nemmeno dubbio. Secondo il diritto comune, la prova dei fatti puri e semplici può farsi per testimonii indefinitamente, qualunque sia l'importo pecuniario della lite, mentre i fatti giuridici devono provarsi per iscritto quando il valore della cosa eccede le centocinquanta lire. Bisogna dunque vedere, innanzi tutto, se il fatto che il locatore ha saputo o meno che il prezzo era dovuto sia un fatto giuridico o un fatto materiale. In generale, la buona o la mala fede è un punto di fatto che si stabilisce per mezzo di testimonii (n. 421). Nel caso previsto dall'art. 23, la buona o la mala fede è un punto di diritto, poichè la legge dispone che il locatore non può essere costituito in mala fede che colla conoscenza che il venditore gli dà del fatto che il prezzo non è pagato. Bisogna dunque applicare la regola dell'art. 1341. Se la cosa litigiosa ha un valore inferiore alle centocinquanta lire, il venditore sarà ammesso a provare con testimonii avere egli fatto conoscere al locatore che restava dovuto il prezzo, Se la cosa eccede questo valore, dovrà darne la prova per inscritto, nel senso che le testimonianze non saranno ammesse. Vi ha una sentenza della Corte di Bruxelles in favore di questa opinione (2), che non ci pare dubbia.

Tuttavia essa è controversa. Si sostiene che sia necessaria una notificazione fondandosi sui lavori preparatorii. Infatti la relazione della commissione della camera dei rappresentanti è formale. Vi si legge che esclusivamente, nel caso in cui sia stata data conoscenza al locatore al momento del trasporto dei mobili nei luoghi locati, il privilegio del venditore prevale a quello del locatore. Chi darà conoscenza di questo fatto e in qual

(1) Sentenza del tribunale di Hay del 6 aprile 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 193).
(2) Bruxelles, 31 gennaio 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 245).

forma? Il relatore risponde che bisogna applicare l'art. 1813, che noi erigiamo a principio generale, egli dice. Lelièvre cita, in appoggio di questa dichiarazione, la giurisprudenza che sotto il codice civile aveva interpretato in tal senso l'art. 2102. Egli fa allusione ad una sentenza della Corte di Bruxelles la quale esige una prova scritta risultante da una notificazione o da un riconoscimento del locatore (1). L'art. 1813 è anzi più restrittivo e vuole una notificazione. Se questo articolo è eretto in legge, bisogna dire che il venditore dovrà fare una notificazione al locatore, e che, in mancanza di questa, il locatore sarà presunto in buona fede, senza che il venditore sia ammesso alla prova contraria.

Questa interpretazione è stata vivamente combattuta da un insigne giureconsulto (2). Martou esagera dicendo che l'art. 23 consacra il diritto comune. Noi abbiamo provato che vi deroga (n. 531). Martou ha ragione di dire che non è necessaria una notificazione perchè il venditore sia preferito al locatore. Ne abbiamo una prova invincibile, il testo della legge. Martou ha torto di fare appello ai principii. Non si tratta di sapere quello che vogliono i principii, ma sibbene ciò che ha voluto il legislatore, e se il legislatore avesse detto quello che dichiara il relatore della commissione, bisognerebbe assoggettarsi alla sua decisione, quand'anche fosse contraria ai principii. Ma la legge non dice quello che ha detto Lelièvre: essa non prescrive alcuna notificazione, come fa l'art. 1813; non parla nemmeno della prova che il venditore deve dare per stabilire ch'egli ha fatto conoscere il suo privilegio al locatore, limitandosi invece a disporre che il venditore deve dar conoscenza al locatore che i mobili non sono pagati, e l'interprete non può esigere ciò che la legge non esige. Invano si dirà che bisogna interpretare la legge secondo i lavori preparatorii. Rispondiamo, come abbiamo risposto tante volte, che le relazioni ed i discorsi non hanno che una autorità dottrinale. L'errore d'un relatore o d'un oratore non fa la legge, a meno che la legge non lo consacri.

533. Rimane una difficoltà in questa grave materia, che è tale però soltanto perchè gli interpeti non si attengono al testo. Si domanda se il venditore può rivendicare la cosa venduta nel caso che il locatore sia di buona fede. Il venditore ha un privilegio ed un diritto di rivendicazione. Egli non può esercitare il suo privilegio contro il locatore di buona fede. Potrà rivendicare malgrado la buona fede del locatore? Secondo l'opinione da noi insegnata sul diritto di rivendicazione, la negativa non è dubbia. La rivendicazione del venditore non è un'azione reale intentata in forza del diritto di proprietà, ma un

(1) Lelièvre, *Relazione* (Parent, p. 125). Delebecque, *Commentario*, nn. 149 a 151. Cloes, t. I, p. 360, n. 623 e seg.
(2) Martou, *Commentario*, t. II, p. 179, n. 529.

sequestro, un atto conservativo che il venditore esercita, quando versa in pericolo di perdere la cosa e il prezzo, allo scopo d'impedire al compratore di rivendicare. Poichè la rivendicazione non è che una sanzione del privilegio, non si concepisce che il venditore rivendichi quando non potrebbe esercitare il privilegio. La sanzione non può eccedere il diritto che è destinato ad assicurare. La questione però è controversa (1). Crediamo inutile entrarvi poichè, a nostro avviso, i principii sono certi.

534. « Le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta dell'annata sono pagate in entrambi i casi sul prezzo di questa raccolta preferibilmente al locatore » (art. 24). Questa preferenza dipende dalla causa stessa del privilegio. Il creditore delle sementi, delle spese di raccolta e degli utensili ha un privilegio, perchè ha procurato la raccolta. Ora, senza la raccolta il locatore non potrebbe esercitare il suo privilegio sui frutti, e quindi il primo privilegio deve essere preferito al secondo.

I creditori che hanno un privilegio sulla raccolta sono preferiti anche ai creditori ipotecari che espropriano il fondo quando i frutti sono pendenti? La Corte di cassazione s'è pronunciata contro i creditori privilegiati. Essa parte dal principio giustissimo che i privilegi sono di stretto diritto, e che le disposizioni che li riguardano devono essere limitate nei termini espressi dal testo. Ora, quale è il privilegio di cui godono i creditori di sementi e di spese di raccolta? La legge lo dice, è un privilegio sulla raccolta, e quindi un privilegio mobiliare che non può essere esercitato se non quando i frutti sono raccolti. Questo privilegio non è applicabile ai frutti pendenti che sono immobili. Il concorso supposto dall'art. 2102 (legge ip., art. 23) non esiste che fra il locatore, creditore privilegiato sui mobili, il fornitore di sementi e il creditore delle spese di raccolta, i quali esercitano egualmente il loro privilegio sui frutti raccolti. Ora, quando i creditori ipotecarii sequestrano il fondo carico di frutti pendenti, il conflitto esiste fra un'ipoteca, ossia un diritto immobiliare, e privilegi mobiliari. L'art. 2102 (legge ip., art. 23) è estraneo a questa ipotesi. Essa è retta dalla legge sul sequestro. E che dice il codice di procedura? Al momento del sequestro, i frutti sono immobili per loro natura (codice civile, art. 520), e restano immobili dopo essere stati distaccati dal suolo (codice di proc. art. 682). Quindi i creditori privilegiati sono carenti di diritto (2).

Questa decisione ci lascia un dubbio. La legge accorda privilegio al locatore sui frutti della raccolta dell'annata, e quindi su frutti pendenti, vale a dire immobili per loro natura (n. 528). Questo stesso privilegio spetta ai creditori delle sementi e delle spese di raccolta. La legge dice, è vero, ch'esso cade sul *prezzo*

(1) Vedi, in senso diverso, MARTOU e le autorità che cita, t. II, p. 182, n. 530.
(2) Rigetto, 11 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 119).

della raccolta, mentre del locatore dice che il suo privilegio cade sui *frutti*, ma, in sostanza, è la stessa cosa, perchè tutti i privilegi non si esercitano che sul prezzo proveniente dalla vendita dei beni del debitore. Non si possono dunque eliminare i creditori privilegiati sulla raccolta, pel motivo che il loro diritto non può essere reclamato sopra immobili. D'altra parte, il codice di procedura non dichiara i frutti immobilizzati per escludere i creditori privilegiati; esso suppone che i creditori ipotecarii siano in concorso con creditori chirografarii. I frutti saranno venduti, dice la legge del 15 agosto 1854 (art. 22), e il prezzo sarà depositato alla cassa dei depositi, per essere distribuito col prezzo degli immobili per *ordine ipotecario*. Vi ha luogo a questa distribuzione fra i creditori ipotecarii quando i frutti pendenti sono destinati con privilegio a vantaggio del proprietario e dei creditori delle sementi e delle spese di raccolta? Ci pare dubbio.

535. Le spese di sementi e di lavori hanno dato luogo anche ad un'altra difficoltà. Una locazione rustica viene rescissa. Il locatore si appropriò la raccolta pendente per pagarsi del fitto. Egli pretese di escludere il creditore delle sementi e delle spese di lavori, dicendo che era debitore di queste spese verso l'affittuario e che questo debito si compensava coll'importo dei suoi affitti. Donde la questione di sapere se il creditore delle spese di sementi e di lavori poteva reclamare il suo privilegio. La Corte di cassazione ha giudicato che queste spese costituiscono un peso a termine dell'art. 2102, n. 1, § 4, peso di cui è gravato il diritto privilegiato del proprietario sulla raccolta dell'annata. Il codice non si esprime così. Esso attribuisce al venditore delle sementi e delle spese di lavori un privilegio prevalente a quello del locatori. La cosa è evidente, secondo la nostra legge ipotecaria, che tratta dei due privilegi in numeri separati e della preferenza in un articolo a parte. Vi ha luogo ad esercitare il privilegio, nella specie? Sì, se l'affittuario fosse insolvibile e vi fosse concorso di creditori. Anche in questa ipotesi restava una difficoltà. La vendita dei frutti non aveva avuto luogo all'incanto; il proprietario era debitore del prezzo. In queste circostanze, poteva il creditore privilegiato esercitare il suo privilegio? Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnata, sì, secondo l'opinione generale, no. È forse per sfuggire a questa contraddizione che la Corte suprema chiama il privilegio dei creditori delle sementi e delle spese di lavori un *peso*, il cui importo si deduce dal diritto privilegiato del proprietario? (1). Questo è eludere la difficoltà, ci pare, non risolverla.

536. « Le somme dovute per utensili che servono alla coltivazione sono pagate sul prezzo degli utensili medesimi, preferibil-

---

(1) Rigetto, sezione civile, 11 luglio 1864, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio (DALLOZ, 1864, 1. 488).

mente al locatore » (art. 24). Questa preferenza ha la stessa causa e lo stesso carattere di quella che la legge accorda alle spese di sementi e di coltura. Bisogna dunque applicare quanto abbiamo detto (nn. 534 e 535) al concorso del debitore e del locatore.

§ IV. — *Concorso di privilegi aventi lo stesso ordine.*

537. A termini dell'art. 14, i creditori privilegiati che si trovano nello stesso ordine sono pagati per concorrenza, e quindi per contribuzione. Non vi ha alcuna preferenza fra loro, poichè la causa dei privilegi è identica. Il creditore più antico non può pretendere una preferenza sugli altri, perchè l'anzianità non è un motivo di preferenza fra creditori privilegiati (nn. 310 e 311). Importa dunque molto sapere quando i crediti privilegiati hanno lo stesso ordine. L'ordine fra creditori privilegiati essendo determinato dalla qualità del credito, bisogna dire che i crediti che hanno la stessa qualità hanno anche lo stesso ordine (1). Il privilegio non è contestabile, ma vi hanno difficoltà nell'applicazione.

538. Le spese di giustizia sono numerose e costituiscono altrettanti crediti diversi. V'ha fra esse una ragione di preferenza, o devesi applicare il principio dell'art. 14? Non vi sono altre cause di prelazione fra creditori che quelle stabilite dalla legge. Ora, la legge non deroga alla regola consacrata dall'art. 14 in materia di spese di giustizia, e quindi la regola resta applicabile. La Corte di cassazione ha giudicato così (2), e la cosa è tanto evidente che non varrebbe la pena di citare la sentenza, se una Corte d'appello non si fosse ingannata classando e collocando i diversi creditori di spese di giustizia secondo la data dei loro crediti, di modo che le spese di apposizione dei sigilli erano preferite alle spese di custodia, e le spese di custodia erano preferite alle spese d'inventario (3). Tutti gli autori criticano la sentenza della Corte di Parigi (4). Essa ha dimenticato il principio elementare che domina i privilegi, cioè che non vi ha preferenza fra i creditori senza legge, e ov'è la legge che stabilisce una preferenza fra creditori di spese di giustizia? La Corte creava dunque la legge, e sarebbe inutile soggiungere che l'interprete non ha questo diritto, che pur così sovente si arroga.

539. Cosa singolare! Quei medesimi che censurano la sentenza

---

(1) PONT, t. I, p. 168, n. 183.
(2) Rigetto, 8 dicembre 1825 (DALLOZ, v. *Distribution par contribution*, n. 13).
(3) Parigi, 27 marzo 1824 (DALLOZ, v. *Privilèges*. n. 169).
(4) MARTOU, *Commentario*, t. II, p. 172, n. 520.

della Corte di Parigi fanno precisamente ciò che essa fece, quando vi sono più creditori di spese di conservazione. Vi ha una preferenza fra loro? Bisogna dire delle spese di conservazione quanto abbiamo detto delle spese di giustizia. L'art. 14 è loro applicabile, perchè la legge non vi deroga. La cosa è evidente quando le varie spese, tutte necessarie, si fanno simultaneamente. Quando i lavori di conservazione sono stati fatti in tempi diversi, vi ha un lieve motivo di dubitare, almeno in teoria. Il creditore più recente che ha fatto sulla cosa lavori conservativi ha conservato il diritto di coloro che, prima di lui, avevano fatto spese necessarie. Dunque, si dice, deve essere loro preferito. 'E il caso, osserva il Martou, d'applicare l'art. 22, secondo il quale le spese fatte per la conservazione della cosa sono preferite ai privilegi anteriori. Questo testo è generale. Esso non distingue quali sono questi privilegi anteriori che i lavori dell'operaio conservano. Dunque l'operaio che ha lavorato per ultimo deve essere preferito a coloro che hanno lavorato prima di lui, perchè ha conservato il loro privilegio. Martou dimentica l'art. 14, che pone una regola generale applicabile a tutti i privilegi. Dal momento ch'essi hanno lo stesso ordine, sono equiparati. Ora, la qualità essendo identica, pure identico deve essere l'ordine, il che decide la questione. L'art. 22 non è in opposizione coll'art. 14 e non vi deroga, per la semplicissima ragione che non prevede l'ipotesi regolata dall'art. 14. Nel § 3, ove si trova l'art. 22, si tratta di privilegi di diversa qualità, e la legge apprezza questa diversa qualità per determinare il loro ordine, mentre l'art. 14 suppone privilegi aventi la stessa qualità, e, quindi, lo stesso ordine, e, fra questi privilegi di qualità e d'ordine identici, la legge non ammette preferenza, ma decide ch'essi concorrano (1).

540. Lo stesso principio si applica ai diversi cessionarii che hanno acquistato successivamente una parte del credito. La qualità del loro credito è evidentemente la stessa, poichè è un solo e medesimo credito che esercitano, e quindi concorrono. Il cedente, se rimanesse creditore, non sarebbe preferito ai cessionari, perchè il suo diritto è identico a quello che ha ceduto (2). Accadrebbe altrimenti se il venditore avesse ricevuto un pagamento parziale con surrogazione, perchè sta il principio che la surrogazione non nuoce al creditore. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, sulla surrogazione e la cessione (vol. XVIII, n. 15).

---

(1) MARTOU, t. II, p. 176, nn. 524 e 525. In senso contrario, CLOES, t. I, p. 358, n. 619.

(2) Cassazione, 29 maggio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 481).

§ V. — *Disposizione generale dell'art. 26.*

541. « Gli altri privilegi generali sono posposti ai privilegi speciali » (art. 26). Così le spese dell'ultima malattia, i salarii delle persone di servizio, dei commessi ed operai e le somministrazioni d'alimenti sono posposti ai privilegi speciali. Ne risulta che le somministrazioni d'alimenti occupano l'ultimo ordine. Si è criticata, ed a ragione, questa singolare classificazione. Se è lodevole sotterrare i morti, è ancor più lodevole non lasciar morir di fame la gente. Diremo altrettanto delle spese d'ultima malattia.

In applicazione di questo principio, bisogna decidere che il privilegio delle spese di raccolta (art. 20, 2.°) è preferito al privilegio degli operai e delle persone di servizio (art. 19, 4.°). Questa preferenza era ammessa anche sotto l'impero del codice civile. La Corte di cassazione ha giudicato così in un caso notevole. Vien sequestrata una fabbrica di zucchero. Durante il corso dell'amministrazione, e prima che si procedesse alla distribuzione del prezzo proveniente dai raccolti, fu ordinato, per misura di sicurezza pubblica e d'umanità, che venisse prelevata sul prezzo una somma di franchi undicimilaseicentoventidue, per pagare immediatamente i salarii degli operai della fabbrica. Ne risultò che il creditore delle spese di raccolta non potè esercitare il suo privilegio, il prezzo dei raccolti essendo esaurito dal pagamento degli operai. La Corte di cassazione ha giudicato, sulla relazione di d'Aubry, che, essendo stati gli operai pagati con denari destinati al privilegio del creditore delle spese di raccolta, questi era surrogato nel privilegio degli operai, privilegio generale gravante, secondo il codice civile, i mobili e gli immobili (1).

542. Ciò prova che le decisioni generali non valgono nulla in questa materia. Dobbiamo aggiungere che, secondo la relazione primitiva, la disposizione dell'art. 26 lasciava una certa larghezza ai tribunali. Essa era così concepita: « *In generale*, i privilegi generali sono posposti ai privilegi speciali ». Le parole *in generale* implicavano che la regola stabilita dalla legge non aveva nulla d'assoluto. Il giudice poteva allontanarsene, secondo le circostanze. Perchè queste parole sono state soppresse? Unicamente per uno scrupolo di stile, tanto fuori di posto in materia di legislazione. Le parole *in generale* e *generali* l'una vicina all'altra parve che suonassero male. Sia pure; si poteva ancora criticare l'espressione siccome quella che mal rendeva il pensiero del legislatore, ma allora bisognava aggiungere che il giudice godeva d'un potere d'apprezzamento. Si fu paghi invece

(1) Cassazione, 15 marzo 1875 (Dalloz, 1875, 1, 273).

di sopprimere le parole *in generale*. Che si deve conchiuderne? Stando alla redazione attuale, il giudice è vincolato. Egli non può, malgrado le più favorevoli circostanze, preferire le spese d'alimenti ai privilegi speciali. Ma non è qui il caso d'applicare la regola d'interpretazione che permette di allontanarsi dal testo quando sia certo che la redazione è contraria all'intenzione del legislatore? Ora, nella specie, si ha la certezza. Infatti, il ministro di giustizia ha dichiarato formalmente che si trattava soltanto d'un cambiamento di redazione, che l'idea restava la stessa. In questo senso venne adottata la modificazione (1). La volontà della camera non è dubbia. Questa volontà deve prevalere ad una redazione imperfetta. Dobbiamo soggiungere che gli interpreti si attengono alla lettera della legge (2).

(1) Vedi la discussione in PARENT, p. 271.
(2) MARTOU, t. II. p. 189. n. 544. CLOES, t. I. p. 364. nn. 632 e 633.